

O DOLO EVENTUAL COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE QUE ATENDEM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

Maria Olga Rodrigues de Araújo²

RESUMO:

A probidade, no âmbito da Administração Pública, constitui valor de extrema relevância para a sociedade brasileira, precipuamente diante das frequentes notícias sobre a corrupção na esfera estatal. Nesse sentido, a Lei n.º 8.429/92, regulando o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, estabeleceu, dentre outros aspectos fundamentais, as modalidades dos atos de improbidade administrativa e as sanções correspondentes. Contudo, alguns de seus dispositivos ainda carecem de uma adequada interpretação para que possam alcançar a efetividade desejada, sobretudo no que respeita à afronta aos princípios administrativos. Demonstrar como o dolo eventual poderá se caracterizar como elemento subjetivo para os fins do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa é o objetivo primordial deste trabalho.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Princípios Administrativos. Dolo Eventual.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A TUTELA NORMATIVA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA; 2.1 A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; 2.2 O ELEMENTO SUBJETIVO DO ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92; 3. A DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA NO DIREITO BRASILEIRO; 4. A COMPROVAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A corrupção, assim como os males dela decorrentes, constitui certamente uma das preocupações mais relevantes da sociedade brasileira na atualidade.

A mídia constantemente divulga notícias envolvendo escândalos políticos, desvios de verbas, malversação dos recursos públicos, tráfico de influências, prática de nepotismo, dentre outros problemas, tudo isso a demonstrar que predomina o atendimento de interesses particulares em detrimento da supremacia do interesse público.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Oswaldo Pereira de Lima Júnior

² Concluinte do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – CERES

E a frequência com que se propala esse tipo de informação é tão grande que chega ao ponto de não mais impressionar a população, além de colocar o País em situação alarmante perante a comunidade internacional.

Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a exercer função ainda mais importante na tentativa de moralizar a atuação estatal, motivo pelo qual se torna essencial, mais do que elaborar novas normas, muitas vezes de difícil aplicação prática, buscar aperfeiçoar os instrumentos jurídicos já existentes, os quais têm a Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) como um de seus principais espécimes.

No presente artigo, tratar-se-á justamente do dolo eventual como o elemento subjetivo para configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, partindo da análise da legislação pátria, acompanhada da doutrina clássica, estudos especializados e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para tanto, inicia-se com um relato sobre a tutela da probidade administrativa no âmbito normativo, passando pelo exame da natureza jurídica das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), para, então, discorrer acerca do elemento subjetivo do artigo 11 do mencionado diploma.

Nesse sentido, serão abordados institutos fundamentais da Teoria do Delito, com o objetivo de apresentar a distinção entre dolo e culpa, e, finalmente, demonstrar a configuração do dolo eventual enquanto elemento volitivo no atentado aos princípios da Administração Pública, propondo alternativas para sua comprovação nos casos concretos.

2 A TUTELA NORMATIVA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Por diversas vezes, o Brasil vem sendo apontado pela imprensa entre as nações mais corruptas do mundo³, o que se justifica pelos escândalos recentes, desvios de recursos públicos, oferecimento de propina por parte de empresas e grupos econômicos, em suma, pela conduta extremamente antiética de uma considerável parcela dos representantes políticos do País, bem como do funcionalismo estatal em seus mais diversos setores.

³ Segundo o Fórum Econômico Mundial, o Brasil está entre os quatro países mais corruptos do mundo, estando atrás apenas de Chade, Bolívia e Venezuela, que lidera o *ranking*. Tal índice leva em consideração a habitualidade do desvio de fundos públicos para empresas e grupos e do suborno por parte das empresas, além da qualificação da ética dos políticos.

Fonte: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627_935822.html>. Acesso em: 09 out. 2016

Sem nos atrever a conceituar fenômeno tão complexo, hábil a ser estudado a partir de várias áreas do conhecimento, pode-se dizer, com foco na abordagem ora utilizada, que compreende “o comportamento sistemático e reiterado de violação da moralidade administrativa por parte do funcionário público, no seu sentido amplo, que causa danos sociais relevantes, atingindo o sistema social e as estruturas do Estado” (LIVIANU, 2006, p. 33).

Percebe-se, portanto, que a corrupção, embora possa se manifestar de diversas formas, quando se trata particularmente do âmbito político-administrativo, importa em grave violação dos princípios basilares da Administração Pública. Como bem assinalam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 49):

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

No contexto do presente trabalho, porém, compartilhamos do entendimento de que corrupção e improbidade não podem ser tidas como expressões sinônimas, pois há entre elas relação de gênero e espécie, visto que o ato de improbidade guarda um espectro mais amplo, sendo a corrupção apenas uma de suas facetas (GARCIA; ALVES, 2013, p. 49).

Em apertada síntese, o termo “improbidade” refere-se à maldade, desonestidade, falta de honradez, de caráter ou retidão do indivíduo (SANTOS, 2001, p. 119).

Dessa forma, a probidade administrativa, enquanto corolário dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, implica no atuar com honestidade, decência, honradez na gestão do patrimônio público, o qual abrangeria não somente os bens e direitos de valor econômico, mas também bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por exemplo (PAZZAGLINI FILHO, 2003, p. 57).

Para José Afonso da Silva (2005, p. 669), a probidade administrativa consiste em uma categoria de moralidade que mereceu especial atenção da Constituição Federal de 1988, isto é, uma moralidade administrativa qualificada.

Com efeito, nossa Carta Magna trouxe em diversos de seus dispositivos a ideia de proteção à moralidade administrativa e, concomitantemente, de repressão aos atos de improbidade, principalmente no Capítulo destinado à Administração Pública, ao preconizar:

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

[...]

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

É de se notar que o constituinte originário não se preocupou em definir o que se entende por improbidade, mas delimitou as consequências do ato ímprobo, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a tarefa de regular a forma necessária à sua repressão (NEIVA, 2013, p. 06).

Conforme Oliveira (2009, p. 149), esse dispositivo constituiria, ao mesmo tempo, regra de estrutura, pois autoriza a produção jurídica complementar por ele exigida, e regra de conduta, por introduzir limitações materiais, positivas e negativas, visando a guiar o agente público no exercício de suas funções.

Regulando o mandamento constitucional, foi editada a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992, que “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

O diploma legal em questão tem maior abrangência do que se poderia concluir com a mera observação de sua ementa, não se limitando a disposições acerca do enriquecimento ilícito, e superando, dessa forma, a legislação anterior no que se refere às punições contra a conduta antiética do agente público no exercício de suas funções.

Assim, como demonstra Mateus Bertoni (2007, p. 24):

Essa lei estabeleceu regras de direito material e de direito processual em matéria de improbidade administrativa. Previu, inicialmente, os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade administrativa. Desenhou o perfil dos chamados atos de improbidade administrativa, estabelecendo três espécies dessa categoria: os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, fixando, ademais, as respectivas sanções. Também instituiu regras referentes à investigação dos atos de improbidade, bem como do processo judicial de persecução desses ilícitos, prevendo para tanto medidas cautelares e a ação principal, dentre outras disposições de natureza adjetiva e substantiva.

A partir dessas noções iniciais, centraremos nossa discussão no exame dessa norma jurídica, descrevendo seus aspectos mais relevantes para os fins a que se propõe o presente estudo.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 12 da Lei n.º 8.429/92 trata das penas aplicáveis ao responsável pela prática de ato de improbidade administrativa, organizando-as de acordo com a modalidade da conduta executada, a saber:

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:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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 dez anos;

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;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente 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 três anos.

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.

Embora tenha havido de fato uma ampliação das sanções inicialmente previstas no rol do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, não há inconstitucionalidade no comando legal em exame. Isso porque a norma constitucional apenas exemplifica as sanções comináveis, possibilitando ao legislador a delimitação de outras penalidades, com o fim de tornar a repressão à improbidade administrativa mais efetiva (OLIVEIRA, 2014, p. 32).

Pode-se aferir, pela leitura do dispositivo antes transcrito, que o agente não se eximirá de responder pelo ilícito praticado caso sua conduta seja enquadrada em outros instrumentos repressivos à corrupção, não havendo que se falar em *bis in idem*. Consagra-se, dessa forma, a separação entre as esferas penal, civil e administrativa.

Consoante Kleber Bispo dos Santos (2011, p. 92), a reunião de diferentes penalidades em um mesmo diploma, que poderia ser chamado de “código da moralidade administrativa”, sem compartimentalizar as providências derivadas de disciplinas jurídicas específicas, confere maior eficácia à tutela do bem jurídico em questão.

Assim, muito se questiona acerca da natureza das sanções relativas à prática dos atos de improbidade reguladas no dispositivo antes transcrito, a fim de se concluir pelo regime jurídico aplicável, existindo vozes dissonantes tanto na literatura jurídica especializada quanto na prática judicante dos Tribunais brasileiros.

O entendimento dominante na doutrina e jurisprudência pátrias é o de que possuem natureza de penalidades cíveis (MELLO, 2011, p. 188). Argumenta-se, nesse caso, que tal modalidade de infração dá ensejo a restrições na esfera jurídica do ímprobo a partir de uma metodologia de mesma natureza, ou seja, um juízo de competência cível, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e atendimento das garantias prevalentes nessa seara, o que influi diretamente na fixação do rito processual a ser observado, bem como para a identificação do órgão jurisdicional competente (GARCIA; ALVES, 2013, p. 590), afastando qualquer hipótese de foro por prerrogativa de função.

Outrossim, a ação para apuração dos atos de improbidade proposta pelo ente legitimado é vista, majoritariamente, como uma espécie de ação civil pública, pois a proteção à moralidade pública trata-se de direito difuso, ou seja, transindividual, de natureza indivisível e que tem por titular toda a coletividade (NEVES, 2014, p. 118).

Ao lado disso, identificam-se sanções de ordem tipicamente política ou político-administrativa, como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, respectivamente (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 155).

Existem também autores que defendem a natureza penal das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, equiparável aos crimes de responsabilidade, por exemplo, em razão da gravidade das sanções previstas. Nesse sentido, Roberto Livianu (2006, p. 205) compreende a Lei n.º 8.429/92 como uma expansão do Direito Penal em seu aspecto normativo, colocando-a lado a lado com o Código Penal e o Código de Processo Penal como uma iniciativa válida para o combate à corrupção.

Tal posição, entretanto, é minoritária, uma vez que a parte final do § 4º do art. 37 da Constituição Federal dispõe que os atos de improbidade importam em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, tudo “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Há ainda doutrinadores que veem o sistema de responsabilização da LIA como uma infração de natureza administrativa, também chamada de disciplinar, que, diferentemente da responsabilidade penal, resta caracterizada ainda que haja tão somente a “voluntariedade” do transgressor, ou, em casos mais leves, a culpa em sentido estrito, quando do implemento do comportamento faltoso (COSTA, 2005, p. 174).

Outros apontam as infrações à probidade administrativa contidas na Lei n.º. 8.429/92 como exemplo marcante do chamado Direito Sancionador Judicial, criação da doutrina moderna, o qual se situa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, guardando com eles algumas similaridades, porém:

Distingue-se do Direito penal porque jamais permite a pena de prisão; de outro lado, suas sanções não produzem os efeitos secundários típicos das sanções penais (antecedentes criminais, reincidência etc.). Não é a mesma coisa que o Direito administrativo porque tem por base a imposição de uma sanção decorrente da realização de um fato típico punível (injusto penal) e, ademais, é aplicado pelo juiz, não por uma autoridade administrativa (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 49).

Desenvolvendo uma abordagem inovadora para o tema, ao defender sua autonomia constitucional, José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 88) alega que a improbidade administrativa “explica-se como esfera geral e autônoma em um quadro institucional marcado pela existência de nove sistemas com fundamento constitucional”. Em sua festejada obra, o autor a define como um sistema jurídico de responsabilidade⁴ devidamente inserido no ordenamento constitucional em vigor, e que possui precisa identidade.

Por fim, Mateus Bertoncini (2007, p. 240), identificando punições eminentemente civis, políticas e administrativas dentre as dispostas na Lei n.º 8.429/92, afirma que tais medidas possuem natureza jurídica “mista”, eis que não haveria como simplesmente ligá-las a uma dada e específica natureza, porém jamais criminal, assim como também não seria penal a ação que possibilita a aplicação dessas sanções.

Independentemente da corrente adotada, é preciso reconhecer que será cabível a aplicação de princípios basilares alusivos ao Direito Penal na órbita da improbidade administrativa, principalmente aqueles que preveem garantias substanciais ou processuais conferidas aos cidadãos, pois, em ambas as esferas, há em comum a existência de um ato

⁴ Segundo Oliveira (2009, p. 82), denomina-se “sistema de responsabilidade” o conjunto de normas jurídicas, logicamente coerente, a impor determinadas consequências jurídicas para o sujeito infrator e/ou terceiros, levando em consideração a prévia tipificação da prática ilícita e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção, além dos bens jurídicos ou valores constitucionalmente tutelados com a sua institucionalização normativa.

censurável e a necessidade de punição do agente, em prol da preservação do interesse coletivo – a segurança pública ou a moralidade pública –, devendo ser concretizada a partir do devido processo legal (MELLO, 2011, p. 189).

Portanto, é possível, e até mesmo aconselhável, o estudo de conceitos típicos da seara criminal, devido à adoção de alguns de seus princípios básicos na aplicação da Lei 8.429/92, assim como, para a identificação do elemento subjetivo do ato de improbidade, a noção de dolo, de que trataremos mais pormenorizadamente ao longo deste artigo.

2.2 O ELEMENTO SUBJETIVO DO ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92

Os princípios são alicerces, proposições básicas e fundamentais, que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina, surgindo como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas (MARINELA, 2014, p. 26).

Atualmente, predomina o entendimento de que os princípios, em vez de meros critérios para autointegração do Direito, guardam verdadeira força normativa. Acerca desse caráter de juridicidade, Gisela Gondin Ramos (2012, p. 34) defende que:

A qualificação dos princípios [...] como norma jurídica é importante na medida em que, com a evolução do pensamento jurídico, eles deixaram de ser postulados meramente indicativos, quando muito subsidiários, ou simplesmente supletivos do ordenamento, para se tornarem verdadeiramente indispensáveis, vinculantes, o que significa dizer com capacidade de impor obrigações e direitos no mundo fático [...]. A partir de então, a decisão judicial nestas condições deverá, necessariamente, que estar amparada em princípios jurídicos, que são normas.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 987), a Administração Pública compreenderia “o conjunto orgânico e sistemático de normas jurídicas que abrangem a Administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, regendo-se por princípios constitucionais administrativos”.

Dessa maneira, os princípios assumem importante papel dentro do Direito Administrativo, de elaboração originariamente pretoriana e não codificado, possibilitando-se estabelecer o equilíbrio necessário entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração (DI PIETRO, 2011, p. 64).

Nesse sentido, identificam-se, no âmbito administrativo, princípios expressos no texto constitucional, a exemplo do artigo 37 da Carta Magna, que proclamou a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como parâmetros a serem obedecidos pela Administração Pública.

Ademais, essa nova perspectiva em relação aos princípios, somada à mudança na hermenêutica jurídica contemporânea, a qual deixou de ser meramente declaratória, permite a “descoberta” de princípios não expressos no texto legal, isto é, princípios implícitos (RAMOS, 2012, p. 102).

Carvalho Filho (2015, p. 33) refere-se, assim, aos chamados princípios “reconhecidos”, eis que tanto doutrina quanto jurisprudência comumente os aceitam como regras de proceder da Administração Pública.

Em atenção a esses ideais, a Lei n.º 8.429/92 consagrou a proteção aos princípios da Administração Pública, tipificando o atentado a esses deveres como ato de improbidade, ao prescrever, em seu artigo 11, que:

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:

- 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.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Não interessa ao objetivo deste estudo tratar detalhadamente de cada uma dessas hipóteses de maneira isolada, pois, uma vez verificada a prática de alguma das condutas acima mencionadas por parte do agente público, a comprovação da ocorrência de improbidade administrativa torna-se mais simples.

Por outro lado, cabe destacar o caráter exemplificativo do referido dispositivo legal, o que se extrai da leitura do *caput*, em que o legislador, a exemplo do que se verifica nos artigos 9º e 10, optou por utilizar-se da expressão “notadamente”, evidenciando-se que não só as condutas citadas ao longo dos incisos serão consideradas atos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios.

Assim, a configuração dos atos de improbidade, com fundamento no dispositivo legal em exame, não se restringe à violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade

e lealdade às instituições, ou simplesmente as condutas elencadas nos incisos I a IX, mas engloba o atentado a todos os princípios, explícitos ou implícitos, da Administração Pública.

É de se ressaltar, ainda, a natureza residual do dispositivo em análise, como demonstra Bertocini (2007, p. 166):

[...] o art. 11 é certamente o dispositivo da Lei 8.429/92 de maior grau de abrangência, haja vista serem os princípios de que trata, naturalmente, normas de generalidade superior relativamente àquelas que descrevem condutas. Sendo assim, o operador do direito haverá de aplicar essa disposição como regra de reserva, ou seja, somente nos casos em que a conduta do agente público não esteja prevista em qualquer outra norma de maior especialidade expressamente prevista na Lei [...].

Os atos de improbidade elencados pela Lei n.º 8.429/92, como regra, exigem o dolo como elemento subjetivo. Somente nas hipóteses de atos de improbidade que causam lesão ao erário, a teor do art. 10 da LIA, que se poderia cogitar de ação ou omissão culposa para sua configuração, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao patrimônio público, por não ter o agente infrator procedido com a atenção e a diligência exigidas pela função pública que exerce (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 04).

Por conseguinte, descabe a modalidade culposa na improbidade por atentado aos princípios administrativos, por absoluta incompatibilidade⁵, e também pela ausência de previsão legal expressa nesse sentido.

Apesar disso, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça defendia o posicionamento de que não haveria necessidade da presença de elemento volitivo no caso da violação aos princípios da Administração Pública, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade [...].

(STJ - REsp: 737279/PR, Relator: Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 13/05/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 21/05/2008).

⁵ Conforme José Armando da Costa (2005, p. 141), o elemento objetivo do tipo genérico em exame é a ação ou omissão que transgride os princípios regentes da Administração Pública, enquanto o elemento subjetivo seria o dolo, uma vez que não se poderia conceber, de maneira lógica, a ideia de um comportamento desonesto por incúria, isto é, a culpa em sentido estrito.

Contudo, o entendimento da mencionada Corte foi alterado, passando-se a exigir pelo menos o dolo genérico, sem especial fim de agir, conforme se extrai do Recurso Especial n.º 765.212/AC, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, abaixo ementado:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.

2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.

3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008).

4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.

5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República [...].

(STJ - REsp: 765212/AC, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 02/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 23/06/2010, grifos acrescidos).

Segundo Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 168), o dolo, para efeitos do artigo 11, consistiria na vontade livre e consciente de se conduzir contra a probidade administrativa ou ao menos agir nessa direção, assumindo o risco do resultado lesivo.

Outrossim, conforme apontam Mirabete e Fabbrini (2015, p. 131), para a doutrina tradicional, a vontade de praticar o fato descrito na lei, no núcleo do tipo, constitui o chamado

dolo genérico, enquanto o dolo específico compreenderia a vontade de realizar o fato com uma finalidade especial.

Logo, para a configuração dos atos de improbidade administrativa que importam em violação aos princípios da Administração Pública, faz-se necessária a presença do dolo, ainda que em sua modalidade eventual, afastando qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva.

3 A DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA NO DIREITO BRASILEIRO

Para tratar com maior profundidade do elemento subjetivo exigido para a configuração dos atos de improbidade administrativa, faz-se pertinente uma análise de institutos básicos da Teoria do Delito a partir da doutrina penalista.

Nesse panorama, o dolo pode ser definido, de maneira simplificada, como “a vontade e a consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador” (GRECO, 2015, p. 69). Nas palavras de Damásio de Jesus (2013, p. 329):

É necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de concretizar o comportamento e causar o resultado. Isso nos crimes materiais e formais. Nos de mera conduta é suficiente que o sujeito tenha a representação e a vontade de realizá-la.

Tomando por base a leitura do artigo 18⁶, inciso I, do Código Penal, costuma-se classificar o dolo em direto e indireto, também chamado de dolo eventual.

No dolo direto, o agente intenciona certo e determinado resultado (JESUS, 2013, p. 330). Consoante Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 352), abrange três aspectos:

1) a *representação* do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; 2) o *querer* a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; 3) o *anuir* na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios (grifo do autor).

⁶ Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Já o dolo eventual configura-se quando a vontade do sujeito não está direcionada especificamente à produção de determinado resultado, mas a algo diverso, no entanto, nem mesmo a séria possibilidade de que o evento venha a se realizar o detém, vindo a agente a praticar a conduta consentindo com o resultado, ou seja, assumindo o risco de causá-lo (MIRABETE; FABBRINI, 2015, p. 128).

A esse respeito, há que se conferir a doutrina de Bitencourt (2012, p. 324-355), ao dispor que:

A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo direto, como seus elementos constitutivos, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentaram os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa. [...]. Com todas as expressões – aceita, anui, assume, admite o risco ou o resultado – pretende-se descrever um complexo processo psicológico em que se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de ser reduzidos a um conjunto unitário de dolo. No entanto, como a distinção entre dolo eventual e culpa consciente paira sob uma penumbra, uma zona gris, é fundamental que se estabeleça com a maior clareza possível essa região fronteiriça, diante do tratamento jurídico diferenciado que se dá às duas categorias (grifos originais).

É de se notar que o Código Penal não traz qualquer ressalva a respeito da diferenciação entre dolo direto e indireto para a fixação das sanções correspondentes⁷, assim como, no âmbito da improbidade administrativa, a jurisprudência do STJ entendeu que o dolo eventual é suficiente para configuração do atentado aos princípios da Administração Pública, mensurando-se a pena aplicável de acordo com a gravidade da lesão.

A culpa, por sua vez, é a “inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível” (BITENCOURT, 2012, p. 363), evidenciada através da imprudência, negligência ou imperícia⁸.

Em outros termos, consistiria em um “[...] comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado” (NUCCI, 2014, p. 187).

⁷ “Justifica-se a equiparação do dolo direto ao dolo eventual na legislação penal porque arriscar-se conscientemente a produzir um resultado vale tanto quanto querê-lo”. (MIRABETE; FABBRINI, 2015, p. 129)

⁸ “A *imprudência* é uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores.

A *negligência* é inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental.

A *imperícia* é a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber.” (MIRABETE; FABBRINI, 2015, p. 137, grifos no original)

Igualmente, a culpa pode ser categorizada em culpa inconsciente e culpa consciente, levando em consideração a possibilidade de previsão do resultado. A primeira nada mais é que a modalidade clássica, em que o resultado, embora previsível, não é previsto pelo sujeito (JESUS, 2013, p. 343).

Com relação à culpa consciente, também denominada culpa com previsão, resta caracterizada quando o agente, apesar de prever o resultado, não o aceita como possível (MIRABETE; FABBRINI, 2015, p. 138). Segundo Damásio de Jesus (2013, p. 343-344):

Devem estar presentes, na culpa consciente, dentre outros requisitos comuns: 1.º vontade dirigida a um comportamento que nada tem com a produção do resultado ocorrido [...]; 2.º crença sincera de que o evento não ocorra em face de sua habilidade ou interferência de circunstância impeditiva, ou excesso de confiança. A culpa consciente contém um dado importante: a confiança de que o resultado não venha a produzir-se, que se assenta na crença em sua habilidade na realização da conduta ou na presença de uma circunstância impeditiva [...]; 3.º erro de execução.

Diante da similitude entre ambas as figuras, é bastante tênue a linha de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. Do ponto de vista dogmático, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 377-378) assevera que:

Duas teorias, fundamentalmente, procuram distinguir dolo eventual e culpa consciente: *teoria da probabilidade* e *teoria da vontade* ou do consentimento. Para a primeira, diante da dificuldade de demonstrar o *elemento volitivo*, o querer o resultado, admite a existência do *dolo eventual* quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá *culpa consciente*. Para a segunda, isto é, para a teoria da vontade, é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir, ou seja, o valor positivo da ação é mais forte para o agente do que o valor negativo do resultado, que, por isso, assume o risco de produzi-lo. Haveria *culpa consciente* se, ao contrário, desistisse da ação, estando convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o resultado. Como se constata, a *teoria da probabilidade* desconhece o elemento volitivo, que é fundamental na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, e que, por isso mesmo, é melhor delimitado pela *teoria do consentimento* (grifos do autor).

Em suma, é lícito afirmar que, enquanto na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado final, acredita sinceramente que poderá evitá-lo, no dolo eventual, o sujeito, embora não deseje diretamente produzir o resultado, assume tal risco, pouco importando se este vier ou não a ocorrer (GRECO, 2015, p. 73).

No mesmo sentido, defende Bitencourt (2012, p. 377) que, em se tratando de hipótese de dolo eventual, o agente, podendo desistir da ação, opta por praticá-la, mesmo correndo o

risco de produzir o resultado (o valor negativo do resultado é menos importante do que o valor positivo da ação), ao passo que na culpa consciente, se o sujeito estivesse convencido da possibilidade de ocorrer o resultado, desistiria da ação, porém, não estando convencido, calcula mal e age (o valor negativo do resultado é mais importante que o valor positivo da ação).

Portanto, tal distinção, já de alta complexidade na seara da literatura jurídica, consiste em tarefa ainda mais árdua quando do exame do caso concreto, havendo inclusive autores, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 192), que defendem o fim da figura da culpa consciente, senão vejamos:

Em razão dessa complexa e praticamente inviável apuração do real contexto mental do agente do crime (se dolo eventual ou culpa consciente), passamos a propor a eliminação da figura da culpa consciente, transferindo-se para o campo do dolo eventual todas as condutas de risco, quando o autor assume a potencialidade lesiva do seu comportamento, com ou sem sinceridade, no tocante ao resultado final. Caberia ao juiz, no caso concreto, aplicar a justa pena. Ao agente que se aproximar do sincero repúdio ao resultado danoso, não desejado, mas assumido pelo risco, uma pena menor; ao autor que se distanciar do repúdio ao resultado danoso, não desejado, mas atingido em face do risco assumido, uma pena maior.

Sem se cogitar de eventual alteração legislativa, tem-se como essencial estabelecer critérios razoavelmente seguros para diferenciar, notadamente, o dolo eventual da culpa consciente com o fim de se concluir pela ocorrência ou não de ato de improbidade que atente contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA).

4 A COMPROVAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Kleber Bispo dos Santos (2011, p. 123) compreende que essa modalidade de ato de improbidade por atentado aos princípios abriga, na realidade, a reparação do dano moral eventualmente sofrido pela Administração Pública, pois a supremacia do interesse público sobre o privado, a indisponibilidade do interesse público, a boa-fé, a honestidade, a lealdade, dentre outros princípios inerentes à função administrativa, compreenderiam seus “direitos da personalidade”.

Nesse panorama, cabe destacar a importância dos princípios, cuja violação será mais grave que a de uma norma legal:

[...] vale enfatizar que se agride muito mais profundamente a ordem jurídica quando se molesta um dos seus princípios do que quando simplesmente não se acata o comando contido numa norma positiva. O acerto de tal proposição científico-jurídica é de fácil percepção, uma vez que, como transparece a céu aberto, o princípio é bem mais importante que a norma, e isso pela simples razão de que esta se encerra nos limites de sua compreensão literal e lógica; enquanto aquele constitui fonte, ou manancial, donde promanam várias normas (COSTA, 2005, p. 137).

A necessidade de comprovação do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa é, de modo geral, um dilema, pois, como afirma Felipe Veit Leal (2012), o *modus operandi* dos atos de corrupção pode se manifestar por meio das mais diversas e complexas maneiras, dando azo a esquemas organizados que costumam envolver um grande contingente de indivíduos, além de ultrapassar os limites do território nacional.

Tal dificuldade torna-se ainda mais marcante quando se procura identificar o elemento volitivo do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, devido ao maior grau de generalidade envolvido na tipificação dessas condutas:

Neste contexto, não resta a menor dúvida de que a situação mais cinzenta a elucidar é a prática de improbidade administrativa designada atentatória dos princípios da Administração Pública, quando se parte da conduta não lesiva ao erário (tal como tipificadas no artigo 10 da Lei n.º 8.429/92), e quando se analisa a prática de atos ímprobos, sem enriquecimento ilícito (do agente ou de terceiros), nos moldes categorizados no art. 11 da Lei n.º 8.429/92. Reina a controvérsia. Imperam os subjetivismos. Padece a individualização do direito de critérios que assegurem a segurança jurídica, afirmam os críticos da generalidade da norma tipificadora (OLIVEIRA, 2009, p. 23).

Ilustrando a hipótese tomando por base o inciso V do mencionado artigo legal (frustrar a licitude de concurso público), José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 273) nos coloca que se comporta com dolo direto o agente público que, com consciência e vontade, entrega gabarito de prova de concurso público para amigo, ao passo que se estará diante do dolo eventual, no entanto, quando o agente público, ciente de que o amigo está em dúvida quanto a realizar ou não o certame, entrega para o mesmo o gabarito oficial da prova, aceitando o risco do resultado lesivo.

Percebe-se, no caso, que a ação do agente público de entregar o gabarito oficial a terceiro que não sabe se realizará o concurso público equivale a fornecê-lo àquele que já havia decidido se submeter às provas, subordinando-se ambas à aplicação das sanções do artigo 12, inciso III, da Lei n.º 8.429/92.

Em complemento ao exemplo citado, pode-se dizer que estaria configurado o comportamento culposos quando o agente público, por descuido, deixa o gabarito oficial em

cima de sua mesa na repartição e um dos candidatos do certame consegue ter acesso ao documento, não sendo tal atitude punível a título de improbidade administrativa.

Entretanto, essa delimitação torna-se mais complicada quando a conduta violadora dos princípios administrativos observada não se amolda perfeitamente a nenhum dos incisos do artigo 11, restando enquadrá-la em seu *caput*, tendo em vista o caráter exemplificativo do comando normativo.

A Procuradora Águeda Cristina Galvão Paes de Andrade (2013), em interessante trabalho sobre a temática, propõe que, para que se configure o dolo eventual no caso do artigo 11 da Lei de Improbidade, deve restar devidamente comprovada a violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência na prática de qualquer das condutas nos artigos 9º e 10.

Em que pese o esmero na argumentação delineada pela autora, entendemos que esta não é a solução mais adequada, sob pena de desvirtuar o instituto ao condicioná-lo à ocorrência de enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

Consoante se observa da leitura do art. 21, I, da Lei de Improbidade Administrativa, a aplicação das sanções previstas na referida norma, com exceção da pena de ressarcimento, independe da ocorrência efetiva de dano ao patrimônio público.

Também é esse o posicionamento dominante no Superior Tribunal de Justiça, última instância na interpretação de norma infraconstitucional, aqui exemplificado pelo didático acórdão de lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL ATRAI O ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. CONTRATAÇÃO DIRETA REALIZADA PELO PODER PÚBLICO SEM SUPORTE LEGAL. DOLO GENÉRICO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO DO RÉU NO CAPUT DO ART. 11 DA LIA. DISPENSA DE PROVA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. O STJ tem compreensão no sentido de que "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" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

4. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão local, sobre o qual não há controvérsia, restou claramente evidenciado o dolo do recorrente, quando menos genérico, no passo em que anuiu à inexigibilidade de procedimento licitatório, ensejando a indevida contratação direta de prestação de serviço técnico de elaboração de estudos de viabilidade, projeto e acompanhamento do processo de municipalização do ensino de 1º grau em Assis-SP. Tal conduta, atentatória ao princípio da legalidade, nos termos da jurisprudência desta Corte, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

5. É fora de dúvida que a conduta do agente ímprobo pode, sim, restar tipificada na própria cabeça do art. 11, sem a necessidade de que se encaixe, obrigatoriamente, em qualquer das figuras previstas nos oito incisos que compõem o mesmo artigo, máxime porque aí se acham descritas em caráter apenas exemplificativo, e não em regime *numerus clausus*.

6. **O ilícito de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429/92 dispensa a prova de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente.**

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp: 1275469/SP, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 12/02/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 09/03/2015, grifamos).

Destarte, será prescindível a superveniência de lesão ao erário ou de enriquecimento ilícito, pois cabe ao agente público, no exercício de suas funções administrativas, evitar condutas de risco que comprometam a inviolabilidade dos princípios regentes da atividade estatal.

Alguns doutrinadores entendem que, na esfera da improbidade administrativa, dolo e má-fé são equivalentes, consistindo na conduta contrária à lei, com plena consciência da ilicitude (OLIVEIRA, 2009, p. 277).

Porém, o dolo, entendido como a vontade de produzir o resultado ou aceitação do risco de causá-lo, não pode ser confundido com má-fé, enquanto desonestidade ou imoralidade, razão por que compartilhamos da opinião de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 176), segundo a qual:

A má-fé [...] não pode ser confundida com o dolo. Face às características ostentadas pelo elemento subjetivo, pode-se afirmar que o seu delineamento sempre antecede qualquer investigação em torno da má-fé do agente público. Tal ocorre justamente porque **é o elemento subjetivo que vai estabelecer o vínculo entre o agente público e a conduta considerada ilícita. A má-fé, por sua vez, contribuirá para a aferição da reprovabilidade, ou não de sua conduta, justificando, ou não, a incidência do sistema sancionador veiculado pela Lei n. 8.429/1992** (grifo nosso).

Especificamente em relação à questão do dolo indireto ou eventual, Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira (2013, p. 117) alertam para o risco de “esvaziamento do dolo” caso as decisões judiciais não estejam devidamente motivadas quanto à investigação do elemento volitivo:

[...] o desafio está na devida avaliação da conduta do agente que revele a sua vontade em atingir o resultado vedado pela norma, à luz do contexto fático e não apenas da mera violação à lei, sob pena de se consagrar a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade administrativa. Indispensável observar que de um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, *ipso facto*, necessariamente, que o resultado (efeito) tenha sido também pretendido direta ou indiretamente pelo agente.

Desse modo, o magistrado deve atentar ao contorno fático descrito nos autos, e não buscar na mente do agente os elementos indicativos do dolo eventual, conforme assevera Damásio de Jesus (2013, p. 332):

O juiz, na investigação do dolo eventual, deve apreciar as circunstâncias do fato concreto e não buscá-lo na mente do autor, uma vez que [...] nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade ou probabilidade de sua causação e a consciência do consentimento. Daí valer-se dos chamados “indicadores objetivos”, dentre os quais incluem-se quatro de capital importância: 1.º) risco de perigo para o bem jurídico implícito na conduta [...]; 2.º) poder de evitação do eventual resultado pela abstenção da ação; 3.º) meios de execução empregados; e 4.º) desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico. Consciente do risco resultante da conduta, apresenta-se ao autor a opção de comportamento diverso. Prefere, porém, sem respeito à objetividade jurídica a ser exposta a perigo de dano, realizar a ação pretendida.

Como visto, para identificar o dolo eventual, é essencial que se reconheçam dois elementos, quais sejam, a representação da possibilidade do resultado e a anuência ao risco de que venha a ocorrer (BITENCOURT, 2012, p. 377).

Se, mesmo depois da análise detida do caso concreto, ainda persistir a dúvida entre dolo eventual e culpa consciente, deve-se adotar a solução mais favorável ao acusado, como conclui Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 378):

[...] a distinção entre dolo eventual e culpa consciente resume-se à aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. Persistindo a dúvida entre um e outra, dever-se-á concluir pela solução menos grave, qual seja, pela *culpa consciente*, embora, equivocadamente, não seja essa a orientação adotada na *praxis forensis* (grifo do autor).

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, na fase preliminar da ação civil para apuração dos atos de improbidade administrativa, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, fazendo-se necessária tão somente a presença de indícios do cometimento de condutas ímprobas⁹.

⁹ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. PRÉVIO INQUÉRITO CIVIL QUE ENCONTRA RESPALDO NO ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 17, §§ 6º e 8º, DA LEI Nº 8.429/92. ABASTECIMENTO DE VEÍCULOS DE PARTICULARES ÀS EXPENSAS DO ERÁRIO MUNICIPAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO ATO ÍMPROBO. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. DECISÃO CORRETA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte tem asseverado que “é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público” (REsp 1.197.406/MS, Rel.^a Ministra Eliana Calmon, 2.^a T., DJe 22/8/2013).

4. Como sinaliza o § 6º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, o recebimento da exordial da ação de improbidade supõe a presença de indícios suficientes da existência do ato de improbidade, sendo certo que, pela dicção do § 8º do

A *contrario sensu*, é lícito afirmar, então, que, após o recebimento fundamentado da petição inicial, ao longo de toda a instrução processual e, sobretudo, quando da prolação da sentença final, ocasião em que o julgador formará seu convencimento acerca da existência do ato ímprobo e da culpabilidade do agente, deve-se observar os princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.

De acordo com o princípio do *in dubio pro reo*, ou favor réu, a dúvida sempre milita em favor do acusado, mitigando, em parte, a isonomia processual em virtude dos riscos sobrevindos de eventual condenação equivocada (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 76).

Já o princípio constitucional da presunção de inocência não só desautoriza a formação prévia de qualquer juízo afirmativo quanto à culpabilidade, como também veicula a ideia de que todos são inocentes até que seja efetivamente provado que são culpados (RAMOS, 2012, p. 454).

Além disso, não é qualquer mera irregularidade que ensejará a punição pela prática de improbidade administrativa, motivo pelo qual o intérprete deve atentar também para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Como as sanções previstas na Lei n.º 8.429/92 atingem direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, a exemplo da propriedade e direitos políticos, deverá o juiz não apenas considerar o ato praticado, mas também analisar os interesses em jogo na perspectiva individual, verificando em que medida devem ser afetados (BERTONCINI, 2007, p. 251).

Pelo exposto, infere-se que o reconhecimento do elemento subjetivo no atentado aos princípios da Administração Pública, especialmente quando se trata do dolo em sua modalidade eventual, deverá ser feito com prudência e fundamentadamente, de forma a conciliar a supremacia do interesse público e o respeito às garantias individuais dos cidadãos.

mesmo art. 17, somente será possível a prematura rejeição da ação caso o juiz resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

5. No caso em exame, atribui-se aos réus, dentre eles o recorrente, a ilícita conduta de permitir, às custas do erário municipal de Orizânia/MG, o abastecimento de veículos pertencentes a particulares, podendo-se extrair dos autos a existência de indícios suficientes da caracterização das figuras ímprobis tipificadas nos arts. 10 e 11 da LIA, contexto em que o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção probatória, tão necessária ao pleno e efetivo convencimento do julgador [...].

(REsp 1504744/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/04/2015, DJe de 24/04/2015, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido: REsp 1259350/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe de 29/08/2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma abordagem que relaciona diversos ramos do Direito, o artigo em tela versou sobre a Lei n.º 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), enquanto instrumento eficaz para o combate à corrupção, ressaltando seu mister na repressão e punição das condutas antiéticas na esfera estatal, de modo a servir como exemplo para os cidadãos.

Para tanto, iniciou-se com uma breve notícia sobre a tutela jurídica da probidade no âmbito administrativo, distinguindo-a da ideia de corrupção, ressaltando a importância da Constituição Federal de 1988 e, em especial, da Lei de Improbidade Administrativa na proteção da moralidade pública, traçando as premissas iniciais em que se baseou o presente estudo, relato esse necessário para a adequada compreensão do tema.

Em seguida, tratou-se das penas elencadas no artigo 12 da LIA, perquirindo acerca da natureza jurídica de tais sanções, questão controvertida nos âmbitos jurisprudencial e, sobretudo, doutrinário, demonstrando os argumentos defendidos por vários autores, e concluindo-se, independentemente da corrente adotada, pela aplicação de princípios e conceitos básicos da seara criminal, no que for compatível com o regime de proteção à probidade administrativa.

Ao longo desta análise, foi conferida especial ênfase aos princípios jurídicos, apresentando uma definição concisa, ressaltando o reconhecimento de sua força normativa e seu importante papel no campo administrativo.

Nesse panorama, discorreu acerca do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, com destaque para seu caráter exemplificativo, eis que abrange não só as práticas elencadas ao longo de seus incisos, mas a violação aos princípios regentes da Administração Pública, explícitos ou implícitos, e residual, tendo em vista que será aplicável apenas se a conduta ímproba não puder ser enquadrada nos artigos 9º e 10, estes de maior especialidade.

Delimitando o âmbito de incidência da improbidade ao dispositivo em questão, verificou-se, após exame da harmonização na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que o elemento subjetivo segue a regra geral da LIA, ou seja, consiste no dolo, ainda que genérico, seja ele direto ou eventual.

Assim, valendo-se da doutrina criminalista pátria, foram analisados conceitos fundamentais da Teoria do Delito, de maneira a apresentar a definição de dolo e culpa, bem como sua respectiva classificação em dolo direto ou indireto, também chamado de eventual, e

culpa inconsciente ou consciente, expondo ainda a tênue distinção entre dolo eventual e culpa consciente, em razão da similaridade existente entre os dois institutos.

Apesar das sanções cominadas serem mais amenas, constatou-se que não é correto afirmar que a violação aos princípios administrativos é menos grave, porque, embora não importe necessariamente em prejuízo financeiro para o Estado, afeta a noção coletiva de moralidade pública, atingindo frontalmente, portanto, interesse primário de toda a comunidade.

Sem pretensão de esgotar o tema, o debate centralizou-se na dificuldade em demonstrar o dolo eventual como elemento volitivo para a prática dos atos de improbidade abarcados pelo artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, devido ao seu maior grau de generalidade, sobretudo quando a conduta imputada não se ajusta exatamente a nenhum de seus incisos.

Caberia ao intérprete, então, identificar os elementos caracterizadores do dolo indireto de acordo com a casuística apresentada, prescindindo-se da ocorrência de lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, e diferenciando o dolo da má-fé, indicativo da desonestidade do agente.

Ademais, persistindo a dúvida entre dolo eventual e culpa consciente, deverá o magistrado concluir pela solução menos grave, pois deverão ser asseguradas ao réu suas garantias individuais face à soberania do Estado, além de atentar para os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando que simples irregularidades deem ensejo às severas sanções relativas à prática de atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Pretendemos, pois, com esse estudo apresentar soluções válidas para conferir maior efetividade aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa relativos à proteção dos princípios, facilitando sua aplicação pelos operadores do Direito, e, ao mesmo tempo, buscando amenizar a sensação geral de impunidade da população brasileira, sem que isso implique, é claro, na responsabilização irrestrita dos agentes públicos.

REFERÊNCIAS

ALTAMIRANO, Claudia. Brasil é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial. *El País*, Cidade do México, 6 out. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627_935822.html>. Acesso em: 09 out. 2016.

ANDRADE, Águeda Cristina Galvão Paes de. O dolo eventual e improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 31 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-dolo-eventual-e-improbidade-administrativa-por-violacao-aos-principios-da-administracao-publica,44994.html>>. Acesso em: 30 out. 2016.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 737.279/PR*. Segunda Turma. Rel. Min. Castro Meira. DJe de 21 de maio de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=780015&num_registro=200500449820&data=20080521&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 765.212/AC*. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe de 23 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=832125&num_registro=200501086508&data=20100623&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.259.350/MS*. Primeira Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe de 29 de agosto de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1266548&num_registro=201101316490&data=20140829&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.275.469/SP*. Primeira Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe de 09 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1276672&num_registro=201101412873&data=20150309&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.504.744/MG*. Primeira Turma. Rel. Min. Sérgio Kukina. DJe de 24 de abril de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1398475&num_registro=201402469331&data=20150424&formato=PDF>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11 e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 61, p. 115-121, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1835/1793>>. Acesso em: 30 out. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

LEAL, Felipe Veit. O elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa e a sua comprovação. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Felipe_Leal.html>. Acesso em: 30 out. 2016.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal – Um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal et. al. (coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 184-212.

NEIVA, José Antônio Lisboa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos – discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RAMOS, Gisela Gondin. *Princípios jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTOS, Kleber Bispo dos. *Improbidade administrativa e atentado aos princípios da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.