FERNANDO GASPAR NEISSER

A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: Um debate pela perspectiva penal

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2018

DPC/USP
BIBLIOTECA

3. A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM MODELO INTERMEDIÁRIO ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO CIVIL

Nos dois primeiros capítulos do trabalho, pretendeu-se expor o problema identificado e lançar os fundamentos com os quais parece ser possível construir uma resposta. No capítulo que aqui se inicia, a pretensão é escolher as peças mais adequadas, justificando a opção metodológica, dentre aquelas que a tradição jurídica legou até o momento, para elaborar a teoria da imputação subjetiva na improbidade administrativa. Parte-se da ideia de que compete à dogmática a tarefa de crítica do texto legal e das saídas dadas pela jurisprudência, afinal, "*[...] pensar o contrário imporia ao estudioso (...) a mera tarefa de instrumentalizar a vontade do legislador, o que, indubitavelmente, não se coaduna com a responsabilidade esperada deste saber técnico-científico perante a sociedade [...]*"[464]. Como sustenta FRANCO BRÍCOLA, leitura limitadora da missão da academia "*[...] faz de uma contraposição artificial entre o jurista e o político um instrumento para o afastamento do primeiro da esfera decisional [...]*"[465]. Por fim, na senda aberta por RICARDO ROBLES PLANAS, "*[...] uma das tarefas que mais singularizam o trabalho científico do Direito é precisamente submeter a análise se as decisões do legislador correspondem a critérios de legitimidade material (...) ou se são meros atos de poder [...]*"[466].

Recapitulando, iniciou-se por apresentar o cenário sobre o qual se discute a corrupção enquanto problema multifacetado, a desafiar uma resposta jurídica adequada. Adiante, demonstrou-se o rumo que a Constituição Federal tomou, com a criação da improbidade administrativa como nova modalidade judicial de enfrentamento da corrupção. Evidenciada a estrutura da Lei nº 8.429/92, apontou-se a questão surgida com relação ao elemento subjetivo na imputação, bem como a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, exigindo para a configuração dos atos de improbidade que se indicasse o dolo ou, no caso daquela prevista no artigo 10, ao menos culpa. Expôs-se, contudo, que jurisprudência e

---

[464] NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral**: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política. 2014. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, pp.87-88.

[465] BRICOLA, Franco. **Teoría general del delito**. Tradução de Diana Restrepo Rodríguez. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 19. Tradução do autor.

[466] ROBLES PANAS, Ricardo. Introducción a la edición española: dogmática de los límites al derecho penal. In: VON HIRSCH, Andrew et al (Org.). **Límites al derecho penal**: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012, p. 19. Tradução do autor.

doutrina não conseguiram até o momento estabelecer as bases do que seria a imputação subjetiva na improbidade, havendo especial dúvida no que toca aos deveres de conhecimento que agentes públicos e particulares devem ter, bem como quanto ao papel exercido pela má-fé.

Ao longo do capítulo 2, buscou-se apresentar as categorias[467] que a dogmática jurídica, o direito posto e as construções jurisprudenciais elaboraram ao longo dos séculos, no que pertine à difícil missão de atribuir dolo a quem pratica um ato ilícito. Apontou-se a origem comum da resposta estatal aos ilícitos, bem como o momento e as razões pelas quais discreparam, posteriormente, os delitos civis e criminais, com suas respectivas formulações. Aproveitou-se o encaixe temático para afastar a possibilidade de que seja atribuída à improbidade administrativa a resposta própria do Direito Administrativo Sancionador. Pelas razões demonstradas no item 2.4., esta construção não se presta ao desate desse nó. Superada esta possibilidade, que se reconhece ser a mais acolhida pela doutrina, coube delinear, sucessivamente, como o Direito Penal e o Direito Civil trabalham a questão do dolo, externando as características próprias de cada qual, suas similitudes e diferenças.

Diante deste cenário, cabe neste Capítulo 3 apresentar e justificar o rumo que se toma por mais adequado para a missão à qual aqui se propôs. Três seriam as alternativas em vista: transpor às improbidades administrativas o modelo de imputação subjetiva próprio do Direito Penal; fazer o mesmo com aquele que informa o Direito Civil; ou buscar a construção de um terceiro caminho, intermediário entre ambos.

A primeira alternativa, a mera aplicação integral daquilo que a Teoria do Delito dispõe para a imputação subjetiva no Direito Penal não se mostra uma saída factível ou desejável. Sua admissão implicaria, a um só tempo, violar as premissas das quais se partiu na Assembleia Nacional Constituinte e, posteriormente, no processo legislativo que deu origem à Lei nº 8.429/92. Conforme exposto no item 1.5., tendo ficado claro no texto constitucional, pretendeu o Constituinte que crimes e improbidades caminhassem lado a lado, a par da crítica à violação do princípio do *ne bis in idem* contida no subitem 1.5.1.. Ademais, a leitura que se dessume da criação do subsistema sancionatório das improbidades foi a de que o Direito Penal, por si só, não dava conta, a contento e em prazo tido por

[467] Usa-se o termo aqui conforme a definição do linguista George Lakoff, para quem categorias são "[...] abstract containers, with things either inside or outside the category. Things [are] assumed to be in the same category if and only if they ha[ve] certain properties in common. And the properties they ha[ve] in common [are] taken as defining the category [...]". LAKOFF, Goerge. **Women, Fire, and Dangerous Things**. Chicago: Chicago University Press, 1987, p. 6.

razoável, de servir como único mecanismo de enfrentamento da corrupção. Nesta linha, abrindo mão de impor – mesmo que em abstrato – a pena restritiva de liberdade, estabeleceu-se uma nova modalidade que não se confunde com as existentes até então.

Em resumo, se delito penal e improbidade devessem ser apurados, processados e apenados de forma idêntica, não haveria qualquer sentido na existência da Lei nº 8.429/92. Conforme já dito em outra oportunidade, "*[...] o papel do cientista do Direito não pode ser assumir a função de censor das escolhas políticas do Parlamento [...]*", cabendo-lhe "*[...] lutar para encontrar caminhos que sustentem a legitimidade da norma posta, pugnando por seu afastamento somente na situação-limite [...]*, razão pela qual "*[...] a análise deve se dar com grande dose de boa vontade em relação à lei positiva [...]*"[468].

A segunda possibilidade, a aplicação às improbidades administrativas de um modelo típico do Direito Civil de imputação subjetiva tampouco seria admissível. No subitem 1.6.1. ficou claro que o Superior Tribunal de Justiça, por vislumbrar caráter sancionatório na Lei nº 8.429/92, pretendeu atrair a ela alguns princípios e garantias próprios do Direito Penal, dentre os quais a fórmula de interpretação segundo a qual, na ausência de explicitação no texto legal, há de se pressupor que somente se imputa o ilícito a título de dolo. Ao analisar a imputação subjetiva no Direito Civil, contudo, percebeu-se que o foco dado primordialmente ao dano causado e à vítima que busca reparação distanciam o modelo daqueles em que se busca sancionar alguém, onde a atenção sempre será voltada ao sujeito a quem se imputa. Sem uma distinção mais elaborada entre dolo e culpa, vez que desnecessária para fins de apuração da mera existência do dever de indenizar, não se pode promover o encaixe do paradigma civilista ao campo das improbidades administrativas.

Se não é possível transpor integralmente os modelos de que se dispõe – penal e civil - e tampouco o Direito Administrativo Sancionador oferece uma saída que resista dogmaticamente à crítica, resta a terceira alternativa, a construção de um novo modelo.

Não se poderia empreender tal tarefa sem apoio naquilo que os séculos de tradição jurídica legaram à imputação subjetiva. Uma formulação *ab ovo*[469] seria não apenas

---

[468] NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral**, p. 124.

[469] A expressão significa "desde o início", sendo atribuída a Horácio, que, na linha 147 de seu Ars Poetica, refere-se a Homero quando redigiu a Ilíada. Segundo o poeta de Venúsia, Homero não teria iniciado a descrição da Guerra de Tróia com o nascimento de Helena, de quem a lenda falava ter nascido de um ovo, fruto da união de Zeus e Nêmeses e chocado por Leda, rainha de Esparta. Neste sentido: "[...] According to Apollodorus, Helen (queen of the Greek kingdom of Sparta), for whom the Trojan war began, was the daughter of Zeus and Nemesis. Nemesis rejected Zeus and for this reason she travelled all over land and sea being chased by the king of gods, transforming into fish or animals in order to escape. Finally, she transformed into a goose. When Zeus understood her trick, he transformed into a swan and seduced her. There is also another myth in which

arbitrária, mas dificilmente lograria rechaçar as necessárias críticas que contra ela se voltariam. As ciências, como regra, avançam pela constante acumulação, releitura e reformulação das construções passadas[470]. Com o Direito não seria diferente, sendo "*[...] não apenas verdadeiro e importante, mas também reconfortante saber que na academia estamos construindo sobre o trabalho de outros [...]*"[471]. A expressão mais reconhecida do aforisma é de ISAAC NEWTON[472], em carta remetida a ROBERT HOOKE em 5 de fevereiro de 1676, quando diz "*[...] se pude ver mais longe, foi por apoiar-me nos ombros de gigantes [...]*"[473]. Com muito mais modéstia do que o polímata inglês, prefere-se a reformulação de UMBERTO ECO, que a coloca na boca de seu Guilherme de Baskerville, no primoroso "O Nome da Rosa". Dirigindo-se a Nicola de Morimondo, o frade franciscano lhe diz que "*[...] somos anões [...]*", mas "*[...] anões sobre ombros de gigantes e assim, pequenos como somos, algumas vezes conseguimos ver mais longe no horizonte do que eles [...]*"[474].

3.1. As sanções civis punitivas e o modelo intermediário no sistema anglo-saxão

A divisão novecentista entre ilícitos penais e civis, cada qual com seu conjunto estanque de regras de imputação e correlatas garantias, não tem dado conta de compreender e operacionalizar o que legisladores em praticamente todas as partes do mundo têm

---

we could find that Zeus was transformed into a swan and Hermes into an eagle – which was meant to chase the 'god-swan'. Zeus preferred to find a shelter in the embrace of Nemesis and with this trick managed to sleep with her. This union gave birth to a big blue egg. A shepherd gave this egg to Leda, the queen of Sparta. Leda put the egg in her vagina in order to keep it warm. From this egg and surrogate mother, Helen was born [...]". IAVAZZO, Christos. Conception, complicated pregnancy, and labour of gods and heroes in Greek mythology. *Ethics, Bioscience and Life*, V. 3, N. 2, 2008, p. 12 (pp. 11-14). Acerca da origem da expressão, ver: LO DICO, Mauro. Seize the Day's Eye: The Odes of Horace & Henry James's 'Daisy Miller'. *International Journal of the Classic Tradition*, V. 22, N. 1, p. 79 (pp. 76-99).

[470] SCOTCHMER, Suzanne. Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law. *Journal of Economic Perspectives*, V. 5, N. 1, 1991, p. 29 (pp. 29-41).

[471] "[...] It is not only true and important but also comforting to know that we in the academy are building on the work of others [...]". ULEN, Thomas S. Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters. *Santa Clara Law Review*, V. 41, 2001, p. 649 (pp. 643-659). Tradução do autor.

[472] A expressão, vista como um paradigma de como a produção científica opera, foi objeto de aprofundado estudo por Robert Merton, que lança suas raízes não no século XII, a Bernard de Chartres, a quem John de Salisbury a atribuiu em 1159, mas a Didacus Stella, citado na Bíblia por Lucas, com a redação "[...] *Pigmei Gigantum humeris impositi plusquam ipsi Gigantes vident* [...]", cuja tradução aproximada seria: anões colocados nos ombros de gigantes veem mais longe do que os próprios gigantes. MERTON, Robert K. **On the Shoulder of Giants**: A Shandean Postscript. Chicago: The University of Chicago Press, 1993, pp. 2-3.

[473] "[...] If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants [...]". NEWTON, Isaac. **Carta de Sir Isaac Newton a Robert Hooke**. Datada de 05.02.1676. Disponível em: <http://digitallibrary.hsp.org/index.php/Detail/Object/Show/object_id/9285>. Acesso em 28.02.2018.

[474] ECO, Umberto. **The Name of the Rose**. Tradução de William Weaver. Boston: Mariner Books, 2014, p. 54. Tradução do autor.

formulado. Enquanto no cenário europeu continental manteve-se relativa homogeneidade, atribuindo à administração o papel de aplicar alguns tipos de sanções, sob o paradigma do Direito Administrativo Sancionador, mesma solução não se verificou naqueles países que optaram por transferir ao Poder Judiciário essa tarefa.

Enquanto os parlamentos seguem produzindo tipos penais e agravando as penas dos já existentes[475], também as "*[...] sanções civis punitivas estão rapidamente se expandindo, afetando setores cada vez maiores da sociedade [...]*". Dentre as características desta nova figura, destaca-se que por vezes implicam *"[...] penas mais severas do que as sanções criminais atreladas à mesma conduta [...]*", razão pela qual têm sido aplicadas em áreas tão diversas como o enfrentamento do narcotráfico e da corrupção. Para dar conta deste fenômeno, a jurisprudência dos países que as têm adotado vem buscando enfrentar a questão, pois conforme "*[...] o Direito Civil se torna mais punitivo, sérias dúvidas surgem sobre se o procedimento civil convencional é apto a lidar com uma legislação civil não convencional [...]*"[476].

Não se pode perder de vista, na linha do quanto exposto, que foi exatamente com o intuito de limitar a aplicação de penas que se construiu, desde o Iluminismo, um extenso e sistemático conjunto de garantias em prol do indivíduo. Tais salvaguardas "*[...] perdem o seu valor se sanções civis, equivalentes funcionais das sanções criminais [...]*"[477], podem

---

[475] "[...] Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes [...]". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**: Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. 3ª Ed. Buenos Aires: B de F, 2011, p. 4.

[476] "[...] While new criminal laws are appearing with great frequency and criminal sentences are growing more severe, punitive civil sanctions are rapidly expanding, affecting an increasingly large sector of society in cases brought by private parties as well as by the government. These sanctions are sometimes more severely punitive than the parallel criminal sanctions for the same conduct. Punitive civil sanctions are replacing a significant part of the criminal law in critical areas of law enforcement, particularly in white-collar and drug prosecutions, because they carry tremendous punitive power. Furthermore, since they are not constrained by criminal procedure, imposing them is cheaper and more efficient than imposing criminal sanctions. As a result, the jurisprudence of sanctions is experiencing a dramatic shift. With more punishment meted out in civil proceedings, the features distinguishing civil from criminal law become less clear. As civil law becomes more punitive, serious doubt arises about whether conventional civil procedure is suited for an unconventional civil law [...]". MANN, Kenneth. Punitive Civil Sanctions: The Middleground between Criminal and Civil Law. *Yale Law Journal*, V. 101, 1992, p. 1798 (pp. 1795-1873). Tradução do autor.

[477] "[...] historically, the penal sanction provided oppressive governments with their chosen instrument of social control. The broad tide of enlightenment reaction against despotism led, in liberal democracies, to a set of constraints on the penal sanction. It is altogether too easy to forget that Beccaria was a revolutionary in his day, or that Bentham in his turn wrote in dogged opposition to the prevailing political practice of punishment. (...) Whether substantive or procedural, these safeguards lose their value if civil sanctions functionally equivalent to the criminal sanction may compete for the malicious, irrational, or politically oppressive uses of the government. That is to say, the special due process doctrines of the criminal law presuppose the exclusivity of the criminal sanction. The criminal defendant who wins acquittal at a trial cannot be seized on the courthouse steps and chucked into a 'detention facility for dangerous persons'. Certain things can be done to individuals

ser usadas indistintamente por mera opção do legislador, do governo ou dos órgãos de acusação.

Um dos mais relevantes estudos sobre o tema foi realizado por KENNETH MANN, que diagnosticou o problema e sugeriu, com base na jurisprudência que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem construído desde o final do século XIX, que se faz necessária a formatação de novos modelos intermediários. Se o Direito Penal se distingue por seu "*[...] propósito punitivo, suas altas barreiras procedimentais, sua preocupação com a culpabilidade do acusado e suas penas particularmente severas [...]*", enquanto o Direito Civil busca essencialmente a compensação, "*[...] focando no dano ao invés da culpabilidade e provendo sanções menos severas com salvaguardas procedimentais mais tênues [...]*", a nova figura, que denominou *middleground*, busca elementos dos "*[...] dois paradigmas básicos, para formar uma jurisprudência hibrida na qual a finalidade da sanção é a punição, mas em que seu procedimento é esboçado primordialmente a partir do Direito Civil [...]*"[478]_[479].

O modelo intermediário parece, desde já, promissor com relação às improbidades administrativas, uma vez que também nos Estados Unidos seu surgimento decorreu da reiterada prática dos parlamentos, tanto o federal quanto nos estados, de evitar etiquetar esses novos procedimentos como "punitivos", com o intuito de "*[...] contornar a aplicação de regras procedimentais criminais [...]*", com suas respectivas garantias. Assim como se diagnosticou no caso brasileiro, muitas vezes "*[...] a própria motivação de criação destas sanções civis punitivas foi evitar a proteção procedimental própria do Direito Penal [...]*"[480]. Como salienta KENNETH MANN, em geral os legisladores consideram a lei penal

---

through the criminal process or not at all [...]". DRIPPS, Donald. The Exclusivity of the Criminal Law: Toward a Regulatory Model of, or Pathological Perspective on, the Civil-Criminal Distinction. *Journal of Contemporary Law Issues*, V. 7, 1999, p. 202 (pp. 199-221).

[478] "[...] The paradigms of criminal and civil law stem from longstanding conventions about the essential nature and function of legal sanctions. Within this paradigmatic framework the criminal law is distinguished by its punitive purposes, its high procedural barriers to conviction, its concern with the blameworthiness of the defendant, and its particularly harsh sanctions. In contrast, the civil law is defined as a compensatory scheme, focusing on damage rather than on blameworthiness, and providing less severe sanctions and lower procedural safeguards than the criminal law. The middleground draws on these two basic paradigms to form a hybrid jurisprudence in which the sanction's purpose is punishment, but its procedure is drawn primarily from the civil law [...]". MANN, Kenneth. Op. Cit., p. 1799. Tradução do autor.

[479] Conforme destaca CAROL STEIKER, há clara necessidade de formatar esses modelos intermediários, ante o risco de que o Estado siga produzindo legislações punitivas, sem observar as garantias inerentes a este tipo de procedimento. "[...] an amorphous middleground of sanctioning creates the potential for exactly the kind of state overreaching against which the stringent criminal procedural protections are meant to safeguard us [...]". STEIKER, Carol. Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide. *Georgetown Law Journal*, V. 85, 1997, p. 814 (pp. 775-820).

[480] "[...] While legislatures and courts have busily created punitive civil sanctions for the state to impose, they have gone to great lengths to avoid labeling them as "punitive" to circumvent the application of criminal-type

"*[...] muito complexa, extremamente sensível politicamente e ineficiente – um obstáculo à aplicação efetiva da lei [...]*"[481], diagnóstico que pode ser transposto para o Brasil sem qualquer esforço argumentativo.

Para uma melhor compreensão da matéria, mostra-se adequado rememorar como se deu esta evolução nos Estados Unidos, construção que teve início com a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States v. Chouteau*[482], em que se definiu que se uma sanção, ainda que civil, tem a finalidade de punir, não apenas de indenizar, então o procedimento a ser observado "*[...] deve cumprir pelo menos algumas das regras projetadas para casos paradigmaticamente punitivos [...]*", ou seja, com a racionalidade própria do Direito Penal[483].

Poucos anos depois, em 1886, a Suprema Corte novamente deparou-se com tema semelhante, no qual o acusado respondia civilmente pela importação ilegal de mercadoria. No caso *United States v. Boyd*[484], o governo exigiu que o réu apresentasse documentos que estavam em sua posse, o que seria admissível em casos puramente cíveis. Invocando a proteção da quarta emenda da Constituição norte-americana, contra buscas e apreensão indevidas[485], e da quinta emenda, que veda a autoincriminação[486], o recorrente conseguiu obter o reconhecimento de que, independentemente da etiqueta dada no momento da

---

procedural rules. In many instances, the very motivation for the creation of civil punitive sanctions was to avoid criminal procedural protection [...]". MANN, Kenneth. Op. Cit., p. 1801. Tradução do autor.

[481] "[...] When punitive civil sanctions were proposed in Congress, they were considered an alternative to criminal prosecution. Lawmakers thought criminal law was overly complex, oversensitive to political influence, and inefficient - an obstacle to effective law enforcement [...]", MANN, Kenneth. Op. Cit., p. 1853. Tradução do autor.

[482] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. United States v. Chateau, 102 U.S. 603, 1880. Outro caso paradigmático foi o julgamento de Irwin Halper, descrito por LYNN HALL: HALL, Lynn. Crossing the Line between Rough Remedial Justice and Prohibited Punishment: Civil Penalty Violates the Double Jeopardy Clause. *Washington Law Review*, V. 65, 1990, pp. 437-456.

[483] "[...] In Chouteau the Court reasoned that a sanction with a punitive purpose must comply with at least some of the rules designed for paradigmatically punitive cases [...]". MANN, Kenneth. Op. Cit., p. 1817. Tradução do autor.

[484] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. United States v. Boyd, 116 U.S. 616, 1886.

[485] "[...] The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized [...]". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America As Amended**: Unratified Amendments, Analytical Index. Washington: United States Government Printing Office, 2007, p. 13.

[486] "[...] No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation [...]". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America As Amended**, pp. 13-14

aprovação da lei, há que se perscrutar qual a finalidade da sanção prevista. Se punitiva, como no caso, fala-se em uma sanção quase-criminal, o que impõe a atração de um padrão mais rígido de garantias[487].

Uma decisão da Corte de Apelações do 8º Circuito dos Estados Unidos, de 1893, foi ainda mais clara ao apreciar caso similar. Afirmou-se na decisão que, "*[...] mesmo civil na forma, todas as outras características são de um caso criminal [...]*", já que "*[...] a ação é movida pelo Estado, sua finalidade é a punição (...), o caráter e a propriedade do acusado estavam em perigo [...]*". Assim, "*[...] o caso se tornou um processo criminal sob a roupagem de um caso civil [...]*"[488].

Já na segunda metade do século XX a Suprema Corte decidiu o caso Kennedy v. Mendoza-Martinez[489], envolvendo não mais uma pena pecuniária, mas a perda de cidadania prevista em legislação civil, em decorrência de condutas vinculadas ao tráfico de entorpecentes. A questão guarda estreita pertinência com o tema de fundo da pesquisa, vez que dentre as penas previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 está a de suspensão de direitos políticos. Nacionalidade e cidadania, ainda que conceitos obviamente diversos, guardam estreita relação entre si, fazendo parte do plexo de direitos que permitem a integração e participação do cidadão no Estado[490].

---

[487] "[...] The appellant argued that, while civil in form, the government's case was actually criminal because of the punitive purpose of the statute under which the prosecution had proceeded. Thus, he claimed the compelled production of documents violated the Fourth Amendment's protection against search and seizure and the Fifth Amendment's privilege against self-incrimination. (...) This was a middleground solution because it allowed for the imposition of a more-than-compensatory sanction in a civil proceeding. Further, it illustrated the functional approach to the middleground. In considering the claim for the application of procedural rules traditionally rooted in the criminal paradigm, the Court stated that heightened procedural protections would apply if the sanction had a punitive purpose. This middleground approach applied despite the congressionally chosen label of the sanction and the designated procedural mechanism, both of which were civil. In calling the sanction quasi-criminal, the Court self-consciously mixed elements of existing bipolar paradigms, creating a true middleground jurisprudence without explicitly identifying it as such [...]". MANN, Kenneth. Op. Cit., pp. 1818-1819.

[488] "[...] While civil in form, all its other characteristics were those of a criminal case; its prosecutor was the government; its purpose was punishment; the defendant's conviction of a felony was essential to the plaintiff's recovery; the defendant's character and property were in jeopardy, because the government sought to punish him in this suit; and the verdict and judgment here would be a bar to any criminal prosecution for the same offense. The case became a criminal case under the cloak of a civil suit [...]". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals of the 8th Circuit. United States v. Shapleigh, 54 F. 126, 1893, p. 134.

[489] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 1963.

[490] "[...] Sin embargo, incluso en las democracias más avanzadas, este tipo de derechos se reserve a los nacionales o se limite y condicione severamente su ejercicio por los extranjeros [...]". SANTOLAYA, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. **Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 12.

A questão mais relevante neste caso foi o desenho, pela Suprema Corte, de um "teste de equilíbrio"[491] multidimensional, para a aferição do caráter – punitivo ou meramente ressarcitório – de um procedimento, com a consequente necessidade ou não de atração de um regime mais garantista. Conforme definido, presume-se inicialmente que o Congresso, ao estipular o procedimento, escolheu aquele que é mais adequado. Esta presunção não vigora, contudo, caso se identifique, dentre outras hipóteses, que: a pena prevista na lei historicamente é considerada uma sanção penal; sua aplicação tenha por finalidade os objetivos tradicionalmente atrelados ao Direito Penal, retribuição e dissuasão; ou se a conduta está tipificada também como crime[492].

Sanções civis punitivas não são uma exclusividade dos Estados Unidos, sendo encontradas, com a mesma nomenclatura em outros países da tradição jurídica do Common Law. Em 2005, a título de exemplo, a Nova Zelândia adotou uma legislação – nominalmente civil – que impôs a perda de bens aos envolvidos em determinados delitos, como tráfico de entorpecentes e outras formas de criminalidade organizada. A diferença com relação a outras legislações assemelhadas é que não se exigia a condenação no correspondente processo criminal, debatendo-se, em processo civil, o cometimento do delito, com reduzidas garantias processuais e materiais[493]. Conforme a crítica de PETER WRIGHT, viu-se neste caso

---

[491] As cortes dos países da tradição jurídica da Common Law costumam formular testes para padronizar seus entendimentos. Estabelece-se um padrão (standard), sobre o qual são analisados os dados concretos de um caso. O intuito é dar maior previsibilidade e segurança jurídica, permitindo antever, tanto quanto possível, como a jurisprudência se inclinará. Há testes que fixam linhas claras de entendimento (bright lines), enquanto outros apontam regras para o sopesamento de princípios (balancing tests). Para uma ampla compreensão dos diferentes testes e as regas atreladas a cada qual, recomenda-se: WILSON, James G. Surveying the Forms of Doctrine on the Bright Line-Balancing Test Continuum. *Arizona State Law Journal*, V. 27, N. 3, 1995, pp. 773-843.

[492] "[...] In Mendoza-Martinez, the Court integrated its previously fashioned tests of punitiveness in order to create a multidimensional balancing test focusing on congressional intent. Under this test, congressional intent determines the form of the sanction, unless contradicted by such other factors as: Whether the sanction involves an affirmative disability or restraint, whether it has historically been regarded as a punishment, whether it comes into play only on a finding of scienter, whether its operation will promote the traditional aims of punishment-retribution and deterrence, whether the behavior to which it applies is already a crime, whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it, and whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned [...]". [...]". MANN, Kenneth. Op. Cit., p. 1832.

[493] "[...] The Criminal Proceeds and Instruments Bill 2005 ("CPIB") is a legislative attempt to deal with organised crime and drug dealing. The CPIB operates by reducing the pecuniary benefits that accrue to offenders as a result of certain serious criminal activities. The principle feature of the CPIB is the introduction of a civil forfeiture regime for the proceeds of crime. Defendants may have their property confiscated without having been convicted of a criminal offence, entirely outside the criminal justice process. Prosecutors merely need to show that it is more likely than not that the defendant has profited from criminal offending. The New Zealand Bill of Rights Act 1990 ("NZBORA") gives significantly fewer procedural protections to defendants in civil proceedings than to defendants in criminal proceedings. The CPIB takes advantage of this by using civil proceedings to tackle organised crime and drug dealing, activities normally dealt with by the criminal law [...]". WRIGHT, Peter. Criminal Punishment Without Civil Rights: The Criminal Proceeds and Instruments Bill's Punitive Civil Sanctions. *Wellington Law Review*, Victoria University, V. 37, 2006, pp. 623-624 (pp. 623-642).

novamente a estratégia do legislador de intitular de civil um procedimento cuja pretensão é punitiva, sem a ele atrelar as garantias própria do regime criminal, dentre as quais as que tratam da imputação e do standard de prova exigido para o convencimento dos tribunais[494].

Das observações do autor, cabe destaque a uma consequência negativa desta prática, quando não se atribui ao procedimento um conjunto de garantias intermediárias, matizando a frágil busca por culpabilidade do Direito Civil com elementos advindos da sistemática criminal. Trata-se da confusa mensagem comunicada à sociedade com relação ao status do acusado. Enquanto no procedimento civil "*[...] houve adjudicação de culpa [...]*", com "*[...] uma pena imposta e a propriedade confiscada [...]*", o condenado, "*[...] que se provou ter cometido graves atividades criminais, não foi encarcerado [...]*". Dado o distinto standard de prova exigido nos dois procedimentos[495], não é incomum que se obtenha a condenação sob o regramento da ação civil, sem que sobrevenha o mesmo resultado na demanda criminal[496]. A situação em nada discrepa daquela vista no caso brasileiro, transmitindo-se a mesma mensagem conflituosa à sociedade, não apenas quando os resultados são discrepantes, mas também quando o órgão de acusação, ante a dificuldade em obter uma condenação criminal, opta por ajuizar apenas a ação de improbidade administrativa.

A ideia de um sistema intermediário entre o Direito Penal e o Direito Civil, reservado às sanções civis punitivas, não pretende representar um modelo fechado. Não se trata, assim, de um terceiro padrão, fixo, com regras de atribuição de responsabilidade e imputação, nível de exigência de prova e normas procedimentais padronizado. Ao contrário, a mudança sugerida passa por enxergar a régua que transita entre os dois modelos paradigmáticos como um contínuo, no qual as zonas cinzentas que subsistem no interregno são reconhecidas como tal e a elas busca-se atribuir o conjunto de garantias mais adequado.

---

[494] WRIGHT, Peter. Op. Cit., pp. 634-636.

[495] Enquanto no Direito Penal na tradição jurídica da Common Law exige-se a prova "além de qualquer dúvida razoável", para a condenação no âmbito civil basta que tenha havido "preponderância da evidência" apresentada pelo autor. Para uma explanação crítica dos padrões de prova no modelo anglo-saxão, recomenda-se: CLERMONT, Kevin M. Death of Paradox: The Killer Logic Beneath the Standards of Proof. *Notre Dame Law Review*, V. 88, N. 3, 2013, pp. 1061-1138.

[496] "[...] Civil forfeiture in the absence of complementary criminal sanctions threatens to undermine public faith in the justice system in two ways. In attempting to maintain the lower procedural protections given to civil proceedings, the civil forfeiture regime does not purport to be an adjudication of guilt. However, there is a formal pronouncement by the court that on the balance of probabilities the defendant has benefited from serious criminal activity. This presents a confusing image to the layperson. The civil forfeiture proceedings have resulted in an adjudication of guilt, a penalty imposed and property confiscated. Yet the defendant, proven to have committed serious criminal activity, has not been imprisoned. It is at this sort of defendant, for whom criminal activity can be proven on the balance of probabilities but not beyond a reasonable doubt, that the CPIB is principally aimed [...]". WRIGHT, Peter. Op. Cit., p. 640. Tradução do autor.

Como uma nova forma de enxergar esse aspecto do fenômeno jurídico, as sanções civis punitivas – com o plexo de garantias que vier a ser construído com base em cada realidade específica – permitem lidar mais adequada e proporcionalmente com situações que têm se multiplicado[497]. A improbidade administrativa é, sem sombra de dúvida, dos mais exemplares casos, vez que preenche, a um só tempo, os requisitos destacados do teste formulado pela Suprema Corte norte-americana. A gravidade das penas a ela vinculada – suspensão de direitos políticos, perda de mandato ou função pública e altas multas -, sua finalidade indiscutivelmente retributiva e dissuasória e a previsão também como tipos penais de diversas das condutas descritas nos tipos dos artigos 9º a 11 apontam ser essa uma solução viável.

O desafio, contudo, é grande. Como destacado em decisão da Suprema Corte norte-americana, abandonar "*[...] a linha clara de divisão [...]*" entre Direito Civil e Direito Penal "*[...] em prol de uma avaliação [...]*" caso a caso "*[...] dos propósitos múltiplos e complexos que estão por trás da ação (...) criaria problemas novos [...]*"[498]. Concorda-se que a tarefa não é simples e que linhas claras são menos problemáticas. Contudo, não cabe à doutrina escolher com qual legislação lidar, vez que a tarefa de sua formulação compete exclusivamente ao Poder Legislativo. É missão da literatura jurídica, entretanto, envidar seus melhores esforços para que a lei posta seja aplicada da forma mais condizente com a Constituição Federal e os direitos humanos.

A aplicabilidade de um regime intermediário para as sanções civis punitivas no direito brasileiro, contudo, passa por uma análise de compatibilidade com o sistema próprio dos países que adotam o direito europeu continental como tradição jurídica, bem como da construção de um conjunto de garantias que seja proporcional à gravidade das sanções trazidas pela Lei nº 8.429/92, mantendo sua eficácia como instrumento de enfrentamento da corrupção[499].

---

[497] O modelo intermediário teria plena aplicação em diversos procedimentos previstos na legislação eleitoral. São indiscutivelmente sancionatórias as penas vinculadas às Ações de Investigação Judicial Eleitoral, previstas no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, as da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, estatuída nos parágrafos 10 e 11 do artigo 14 da Constituição Federal, bem como as demandas que tramitam sob o rito da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, como é o caso daquelas fundadas no artigo 30-A da Lei nº 9.504/97. Há fértil espaço para um estudo aprofundado sobre este cenário.

[498] "[...] The States have long been able to plan their own procedures around the traditional distinction between civil and criminal remedies. The abandonment of this clear dividing line in favor of a general assessment of the manifold and complex purposes that lie behind a court's action would create novel problems where now there are rarely any novel problems that could infect many different areas of the law [...]". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. Hicks v. Feiock, 485 U.S. 624, 636-37, 1988.

[499] "[...] When punitive civil sanctions are available, cases otherwise confined to the conventional paradigms shift into the middleground, increasing overall sanctioning while reducing reliance on both criminal sanctions

3.2. A possibilidade de encaixe de um modelo intermediário na tradição jurídica da Europa continental

A reflexão trazida no item 3.1., que propõe a elaboração de modelos intermediários nos casos de sanções civis punitivas, toma por base a tradição jurídica da *Common Law*, na qual jurisprudência e legislação guardam uma relação diferente daquela que se vê nos países que estruturaram seu Direito a partir da tradição jurídica da Europa continental[500]. As diferenças não são apenas formais ou nos conjuntos de procedimentos próprios de cada família jurídica, mas refletem atitudes diferentes "*[...] sobre a natureza da lei, sobre o papel da lei na sociedade [...]*", relacionando "*[...] o sistema legal à cultura da qual ele é parcial expressão [...]*"[501].

Ainda que se fale hoje em uma "*[...] cada vez mais significativa aproximação entre os sistemas de common law e de civil law [...]*"[502] ou, como preferem outros, uma "americanização do Direito"[503], é certo que soluções jurídicas não podem ser transplantadas

---

and merely remedial sanctions. This increased proportionality argues for expanding the use of punitive civil sanctions, but this development will not be justified until the distortion in procedural protections that has developed within middleground jurisprudence is corrected [...]". MANN, Kenneth. Op. Cit., p. 1865.

[500] "[...] O poder criador de regras de direito conferido aos magistrados, todavia, não atende à generalidade própria das regras de conduta que caracterizam a Civil Law. Criadas a partir e para o caso concreto, não possuem idêntico grau de vinculação, como na common Law, às decisões futuras, vale dizer, não têm qualidade de precedente obrigatório. Doutrina e Jurisprudência devem atuar a partir da lei [...]". BARBOSA, Laís Teixeira; SIQUEIRA NETO, José Francisco. Hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade na Common Law e na Civil Law. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, V. 3, N. 2, 2011, p. 231 (pp. 227-244).

[501] "[...] A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules about contracts, corporations, and crime, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather, it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective [...]". MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 2. Tradução do autor. Sobre as tradições jurídicas, sugere-se HEAD, John Warren. **Great Legal Traditions**: Civil Law, Common law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective. Durham: Carolina Academic Press, 2011 e GLENN, Patrick. **Legal Traditions of the World**. 5ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

[502] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: A omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 67.

[503] "[...] No estamos asistiendo a un proceso de convergencia consensuado entre distintos ordenamientos independientes, sino a un proceso creciente de americanización del derecho de los negocios y del derecho penal de los negocios. Si hacemos arqueología legislativa, y examinamos el origen de las normativas comunes, veremos que tras ellas se encuentran directrices de política jurídica que nacen de los EEUU y desde allí se extienden al resto del mundo. No existe un intercambio libre de 'soluciones jurídicas' entre los distintos ordenamientos en que conforman la comunidad internacional, sino una aproximación de todos ellos al sistema imperante en los Estados Unidos [...]". NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, V. 19, 2007, p. 121 (pp. 120-136).

sem que se verifique sua convergência com as características próprias de cada tradição[504]. A verificação desta convergência passa, então, por investigar em que medida a jurisprudência e a doutrina dos países da tradição europeia continental, da *Civil Law*, têm encarado o problema das sanções civis punitivas.

3.2.1. Aportes da jurisprudência e modelos intermediários

Em primeiro lugar, é preciso apreciar se a deferência própria da tradição jurídica da *Civil Law* com a lei positiva pode ser temperada pela interpretação judicial, diante de uma legislação que, apesar de se afirmar civil, busca em verdade a aplicação de penas com as mesmas finalidades que são próprias do Direito Penal. Para isso, toma-se como paradigma o caso Öztürk v. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 21 de fevereiro de 1984[505].

O caso tem por pano de fundo a aprovação, entre 1968 e 1975, de um conjunto de regas voltadas à descriminalização de algumas condutas na Alemanha, implantando-se em seu lugar um sistema de "infrações regulatórias", lá denominadas *Ordnungswidrigkeiten*[506]. Não se desconhece que referidas infrações são apuradas sob o paradigma do Direito Administrativo Sancionador, cuja capacidade de rendimento para o problema da improbidade administrativa já se afastou no item 2.4. do trabalho. Contudo, importa para a análise aqui sugerida que o rótulo dado pela lei não era o de Direito Penal e que, no processamento das infrações, a apreciação em grau de recurso cabia a um juiz, enquanto a administração era competente para julgamento em primeira instância.

---

[504] JALES, Túlio de Medeiros. Falsos distanciamentos e reais diferenças entre Common Law e Civil Law. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, A. 11, V. 18, N. 1, 2017, pp. 377-402.

[505] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Öztürk v. Alemanha. Petição nº 8.544/79. Julgado em 21.04.1984.

[506] As primeiras infrações regulatórias foram aprovadas ainda em 1952, em substituição aos regulamentos que vigeram durante o governo nazista. Em sua versão original, apresentada pelo Ministério da Justiça, retomava-se o modelo das infrações de polícia que havia vigorado até 1933, no qual a autoridade administrativa tinha o poder de aplicar não apenas multas, mas também detenção de até quatorze dias. No Bundestag, contudo, o Comitê para o Sistema Legal e a Lei Constitucional sustentou que na nova estrutura adotada com a Lei Fundamental, não era mais admissível que penas de privação de liberdade pudessem ser aplicadas fora do Poder Judiciário. Uma ampla reforma no sistema de infrações regulatórias ocorreu e 1968, "[...] which altered the nature of the relationship between the administrative and criminal sanctioning processes in such a manner that a straightforward differentiation in terms of the quality of the wrongs involved and the aims and functions of the sanctions imposed could no longer be sustained [...]". Foi nesta reforma que, dentre outras alterações, transferiu-se ao Ministério Público a função de representar os interesses da administração na fase recursal, perante o Poder Judiciário, o que aproxima o exemplo do caso das improbidades administrativas. OHANA, Daniel. Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany. *University of Toronto Law Journal*, V. 64, 2014, p. 282 (pp. 243-290).

Debatia-se a situação de Abdulbaki Öztürk, cidadão turco residente na Alemanha, que causou um acidente de trânsito em Bad Rappenau-Heinsheim, danificando um veículo estacionado. A autoridade administrativa, depois de cumprido o procedimento da lei, aplicou multa por condução negligente. Tendo recorrido da decisão, o que levou o caso à fase judicial de apreciação, houve audiência de julgamento, na qual a multa foi mantida e o cidadão foi assistido por intérprete, já que não falava fluentemente a língua alemã. Transitada em julgado a decisão, o tribunal notificou-o para pagar não apenas o valor da condenação, mas também taxas judiciais relativas ao uso de intérprete, determinação contra a qual Öztürk se insurgiu, fazendo chegar sua irresignação à Corte Europeia de Direitos Humanos[507].

A discussão encetada pela Corte disse respeito à aplicabilidade da regra prevista na Convenção Europeia de Direitos do Homem, de que ao acusado deve ser garantida a assistência gratuita de um intérprete, "*[...] se não compreender ou falar a língua usada no processo [...]*"[508]. Enquanto a Alemanha sustentou que a previsão era exclusiva para processos propriamente criminais, o interessado e a Corte entenderam de forma contrária.

Conforme constou da decisão, a classificação dada pelos Estados às "*[...] diferentes categorias de delitos [...]*" não é "*[...] decisiva para os fins da Convenção [...]*". Assim, não se pode admitir que um Estado "*[...] a seu critério, por classificar uma infração como 'regulamentar' ao invés de criminal, exclua a aplicação das fundamentais cláusulas dos artigos 6 e 7 [...]*" da Convenção[509]. Deste modo, a classificação indicada na lei tem apenas um valor relativo, sendo mais relevante atentar para "*[...] a natureza do delito, considerada também em relação com a natureza da correspondente pena [...]*"[510].

Apreciando os critérios tidos por decisivos – natureza da ofensa e da pena -, a Corte entendeu que o delito não ostentava diferença significativa em relação a um crime, bem

---

[507] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Öztürk v. Alemanha, pp. 3-5.

[508] "[...] Art. 6º - Direito a um processo equitativo. (...) 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo [...]". UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 4 de novembro de 1950.

[509] "[...] The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention (...) Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as "regulatory" instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will [...]". UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Öztürk v. Alemanha, p. 13.

[510] "[...] In any event, the indications furnished by the domestic law of the respondent State have only a relative value. The second criterion stated above - the very nature of the offence, considered also in relation to the nature of the corresponding penalty - represents a factor of appreciation of greater weight [...]". UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Öztürk v. Alemanha, p. 14.

como a sanção prevista destinava-se aos mesmos fins que são identificados com o Direito Penal, dissuasão e retribuição, pouco importando tratar-se de multa de baixo valor[511]. Neste sentido, a Corte entendeu aplicáveis aos procedimentos conduzidos sob o regramento da norma alemã as garantias próprias do mencionado artigo 6º da Convenção[512]_[513].

Como se pode notar, o caso tem relevo para o trabalho em curso, na medida em que, sob a tradição jurídica da *Civil Law*, admitiu-se a possibilidade de que o Poder Judiciário atribua um plexo de direitos e garantias não expressamente previstos em uma legislação, desafiando o rótulo "civil" a ela dado pelo legislador, criando com isso um novo procedimento, que empresta elementos próprios do Direito Penal.

Um segundo posicionamento jurisprudencial, desta vez da Corte di Cassazione da Itália, é lembrado por RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, enfrentando os dispositivos do Decreto Legislativo nº 231, de 8 de junho de 2001, fruto de autorização legislativa concedida ao governo pela Lei nº 300, de 29 de setembro de 2000[514]. Buscando seguir os passos dos países que haviam adotado a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas compreendendo que o art. 27 da Constituição italiana afirmava o princípio de que *societas delinquere non potest*[515], optou-se pela criação de um "*[...] tertius genus, um regime de responsabilidade ancorado em requisitos necessário do Direito Penal (...), com as próprias garantias deste, mas de tratamento fora do ambiente penal [...]*". Ainda que se denominasse como "administrativo" o modelo implementado, ele "*[...] diferiria, em muito, do sistema italiano de responsabilidade administrativa tradicional e se mostraria mais próximo do sistema de responsabilidade criminal [...]*"[516].

Na referida decisão, a Corte foi clara ao afirmar que sob um "*[...] 'nomen iuris', a nova responsabilidade nominalmente administrativa esconde sua natureza essencialmente criminal [...]*", visando com isso afastar-se da regra constitucional italiana, que veda no âmbito penal a "*[...] responsabilidade pelas ações de terceiros ou [a] responsabilidade por*

---

[511] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Öztürk v. Alemanha, pp. 15-17.
[512] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Öztürk v. Alemanha, pp. 18-19.
[513] Para uma análise aprofundada da jurisprudência da Corte na aplicação de preceitos penais aos procedimentos sancionatórios não penais, ver: DÍAZ FRAILE, Francisco. **Derecho penal y Derecho administrativo sancionador**: Garantías y limites em la jurisprudencia del TEDH. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 393-534.
[514] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 96-97.
[515] RUGGIERO, Rosa Anna. Cracking Down on Corporate Crime in Italy. *Washington University Global Studies Law Review*, V. 15, N. 3, 2016, pp. 403-404 (pp. 403-445).
[516] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**, p. 96.

factos inculpáveis [...]". Neste cenário, afirmou-se expressamente na decisão que se deve "*[...] considerar a responsabilidade criada pela lei como um 'tertium genus' decorrente da hibridização da responsabilidade administrativa com os princípios e conceitos da esfera criminal [...]*"[517], exatamente a proposta de um modelo intermediário que se avalia para aplicação no caso das improbidades administrativas.

Como destacou RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, "*[...] Fiandaca e Musco mencionam tratar-se, no caso, de uma verdadeira fraude de etiquetas [...]*"[518], sugerindo que a tentativa de nominar como administrativa – ou civil, trazendo para o caso brasileiro – a responsabilidade, não teria o condão de afastar a aplicação de um conjunto de regras e garantias criminais.

O entendimento na Itália tem se mantido nesta mesma linha, como dá conta decisão mais recente do Tribunal de Turim, em que se afirmou, mencionando o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que "*[...] para classificar uma disciplina como 'criminal' uma visão formal e puramente nominalista não deve ser adotada [...]*", sendo necessário "*[...] analisar os efeitos substanciais que produz [...]*", enfatizando, então: a natureza da infração e das sanções previstas, a finalidade das penas e o grau de aflitividade que causam[519].

No caso concreto analisado, debatia-se precisamente a necessidade ou não de averiguação do elemento subjetivo na conduta do acusado e, na decisão, afirmou-se que "*[...] isso significa que somos confrontados com uma responsabilidade criminal, que, com base em princípios constitucionais, deve ser necessariamente caracterizada pela culpabilidade*

---

[517] "[...] E ciò perché, ad onta del 'nomen iuris', la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.); interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole (...) Seppure si debba considerare la responsabilità creata dalla norma come un 'tertium genus' nascente dall'ibridazione della responsabilità amministrativa con principi e concetti propri della sfera penale [...]". ITÁLIA. Corte di Cassazione. Sez. II, nº 3615, Jolly Mediterraneo, julgado em 30 de janeiro de 2006.

[518] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**, p. 97.

[519] "[...] La Corte de Strasburgo (le cui sentenze, come è noto, integrano il diritto vivente che promana della C.E.D.U.) ha, infatti, più volte ribadito che, per qualificare come 'penale' una disciplina, non si deve adottare una visione formale e puramente 'nominalistica', bensì si deve guardare agli effetti sostanziali che essa produce, ponendo l'accento su alcuni indicatori quali: la natura e lo scopo delle sanzione adottate, la afflittività, le modalità di esecuzione, nonché la qualificazione giuridica scelta dall'ordinamento interno e la modalità di comminazione della stessa [...]". ITÁLIA. Tribunale di Torino. Sez. I - Penale, Giudice Marra, julgado em 10.01.2013. Tradução do autor.

[...]", já que não se pode admitir "*[...] formas mais ou menos implícitas de responsabilidade objetiva [...]*"[520].

3.2.2. Aportes da doutrina e modelos intermediários

Se a jurisprudência europeia não encontra obstáculos para superar a nomenclatura atribuída pelo legislador, impondo, na prática, um modelo híbrido que busca elementos do Direito Penal, tampouco a doutrina parece vislumbrar problemas significativos. Ainda que não se tenha encontrado monografias ou trabalhos que diretamente sugiram a construção e adoção de modelos intermediários nos países da tradição jurídica da *Civil Law*, daí, inclusive, a originalidade científica da tese, ideias que rondam o tema têm circulado há algum tempo.

Cabe um alerta, desde já, válido para a literatura que será analisada daqui em diante, ao longo da parte final deste item. Tendo em vista o profundo, meritório e necessário compromisso que países como Alemanha e Espanha têm com o princípio da vedação ao *bis in idem*, as propostas que serão objeto de perquirição buscam, todas elas, caminhos alternativos ao Direito Penal tradicional. Neste sentido, não sugerem que um mesmo fato possa ser, simultaneamente, apreciado e processado por duas vias sancionatórias, como ocorre no caso das improbidades administrativas. Este fator diferencial há de ser destacado, uma vez que a tese aqui exposta, guardadas as firmes críticas expostas no subitem 1.5.1., parte do texto constitucional que autoriza referida cumulação.

O primeiro paralelo a ser levantado dialoga com a sugestão de WINFRIED HASSEMER de um Direito de Intervenção, postulado a partir de sua veemente crítica à expansão do Direito Penal para campos alheios ao seu núcleo fundamental de bens jurídicos[521]. Como sustentou o autor em conferência proferida no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em 1993, "*[...] acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de*

---

[520] "[...] Ossia che si è di fronte ad una responsabilità di natura penale, che in base ai principi costituzionali deve connotarsi necessariamente di un profilo di colpevolezza, non potendosi quindi dare accesso a forme più o meno implicite di responsabilità oggettiva o da posizione [...]". ITÁLIA. Tribunale di Torino. Sez. I - Penale, Giudice Marra, julgado em 10.01.2013. Tradução do autor.

[521] Acerca do tema, com maior aprofundamento: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, pp.196-198.

privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores [...]". A esse novo campo, diz HASSEMER, "*[...] vou chamá-lo de Direito de Intervenção [...]*"[522].

Diferentemente do que se sugere para as improbidades administrativas, este "*[...] sistema de direito novo, aplicável pela Administração Pública – tribunais administrativos [...]*" seria "*[...] livre das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidade [...]*". Sua posição topográfica estaria "*[...] entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas [...]*". Em contrapartida, não seria possível "*[...] a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade [...]*"[523]. Como se nota, além da aplicação direta pela Administração Pública, no que difere do processo previsto na Lei nº 8.429/92, a proposta embute a defesa de uma flexibilização dos critérios de imputação próprios do Direito Penal[524].

HASSEMER detalhou melhor a questão posteriormente, dizendo, de forma clara, que o Direito de Intervenção "*[...] está situado entre o direito penal e o direito da contrariedade à ordem pública, entre o direito civil e o direito público [...]*". Deste modo, dispondo de "*[...] garantias e de regramentos processuais menos exigentes do que o direito penal, mas que, em contrapartida, está equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo [...]*"[525].

O tema foi objeto de aprofundado estudo por ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA, em dissertação de mestrado defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo[526]. Nova distinção marcante da proposta que aqui se busca construir é o fato de que, no Direito de Intervenção, haveria a "*[...] dispensa de mecanismos de imputação pessoal de responsabilidade, admitindo-se responsabilidades coletivas*

---

[522] A transcrição da conferência realizada em 17 de novembro de 1993 foi publicada em: HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N. 8, 1994, p. 49.

[523] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão penal e o direito de intervenção**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em 02.03.2018, p. 5050.

[524] PEREIRA, Flavia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N. 51, 2004, pp. 127-129 (pp. 105-131).

[525] HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Grev. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 52.

[526] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

[...]"[527], entendimento inaceitável no âmbito principiológico constitucional brasileiro, ante o destacado caráter sancionatório das penas vinculadas à improbidade administrativa.

Além do âmbito em que processadas as questões – a sugestão de tribunais administrativos – a proposta do direito de Intervenção afasta-se do tema aqui proposto por uma diferença fundamental. Em razão de atrair a tutela de bens jurídicos próprios da denominada "sociedade de risco", bens transindividuais - muitos dos quais ligados às atividades econômicas e meio ambiente -, o foco dado não seria a repressão, mas a prevenção[528]. Bem ao formato do Direito Administrativo Sancionador, o Direito de Intervenção prioriza o perigo ante a lesão e exatamente por tal razão é que se flexibilizam as regras de imputação[529]_[530].

Em sua dissertação, ANA CAROLINA CARLOS DE OLIVEIRA faz uma análise da Lei nº 8.429/92 e sua possível leitura sob a lente do Direito de Intervenção. Seu ponto de partida, fundado na lição de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, é o de que o subsistema das improbidades administrativas é manifestação do Direito Administrativo Sancionador - posição acerca da qual já se apresentou refutação no item 2.4. -, admitindo, contudo, que "*[...] a severidade das previsões da Lei de Improbidade Administrativa é tamanha que enseja, inclusive, a contestação dogmática acerca de sua natureza – penal ou administrativa [...]*"[531].

Diante desta reflexão, a autora, obtempera sua posição, reconhecendo que as penas impostas pela Lei nº 8.429/92 são substancialmente mais severas do que aquelas habitualmente impostas no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, "*[...] o que seria uma característica do Direito de Intervenção [...]*"[532]. Exatamente diante desta situação é que sustenta ter havido, na doutrina e na jurisprudência, um movimento "*[...] requerendo a aplicação de garantias de cunho penal no processo de investigação e imposição das mencionadas sanções [...]*"[533]. Ao final, sustenta que "*[...] a Lei de Improbidade poderia*

---

[527] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., p. 47.

[528] "[...] O fato de o direito penal fundamentar-se na culpa e no dolo impede que se criem instrumentos eficientes para combater a moderna criminalidade. Necessita-se agir preventivamente, estabelecer controles e obrigações com sanções para eventuais descumprimentos. Essas medidas são inadmissíveis no âmbito do direito penal, mais podem ser usadas na sociedade do risco ou nos delitos econômicos [...]". BORTOLUZZI, Marinês Dalla Valle. **O direito de intervenção e os crimes econômicos**. Disponível em: <https://slidex.tips/download/o-direito-de-intervenao-e-os-crimes-economicos>. Acesso em 02.03.2018, p. 8.

[529] HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 97.

[530] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., p. 51.

[531] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., pp. 190-.

[532] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., pp. 197.

[533] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., pp. 199.

apontar, concretamente, que o espaço intermediário de sanções sugerido por Hassemer (...) já encontra realização material na legislação nacional [...]"[534].

Em conclusão, é possível compreender a proposta de HASSEMER como uma abertura à criação de novos modelos intermediários, com regras híbridas de imputação, mais aptos a se desvencilhar da tutela dos bens jurídicos que não compõem o núcleo do Direito Penal. O Direito de Intervenção não parece adequado, contudo, como modelo para o cenário das improbidades administrativas na medida em que algumas de suas características essenciais são incompatíveis com os pressupostos da Lei nº 8.429/92. Assim, não se poderia falar em aplicação da lei, com as graves sanções, no âmbito de tribunais administrativos, muito menos sem que fosse necessário analisar culpa ou dolo da conduta e, ainda, com eventual responsabilização coletiva.

A sugestão de HASSEMER, a bem da verdade, é uma evolução do próprio Direito Administrativo Sancionador, para o qual o autor entende que devam ser transferidas as tarefas de proteção de bens jurídicos transindividuais. Pretende-se dar a este ramo do Direito os dentes que faltariam ao Direito Administrativo Sancionador, mas mantendo-se, no essencial, sua estrutura. Conquanto tais pontos de discrepância reduzam o rendimento da teoria no plano aqui analisado, é indiscutível que o Direito de Intervenção demonstra uma tolerância da dogmática penal à busca por soluções intermediárias, sendo questão mais quantitativa do que qualitativa definir os exatos limites e características do resultado que se pretende construir.

Um acréscimo à formulação de HASSEMER é lembrado por LUIZ FLÁVIO GOMES, quando trata da proposta de FRANCESCO PALAZZO, de um Direito satélite ou satelitário[535]. Trata-se de uma forma de intermediária entre o Direito Penal, o Direito Administrativo e o que se alcunha Direito Judicial Sancionador, "*[...] com vasos comunicantes na questão da responsabilidade penal, sancionadora e administrativa [...]*"[536]. A vantagem desta saída seria manter a aplicação de sanções sob responsabilidade do Poder Judiciário, mas implicando, como consequência, a descriminalização

[534] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., pp. 201.

[535] PALAZZO, Francesco. Direito Penal e Sociedade Tecnológica: Princípios em Risco e Reformas Esperadas. *Fascículos de Ciências Penais*, V. 6, N. 1, 1993, p. 36-46.

[536] "[...] O Direito satelitário (Direito penal, Direito judicial sancionador e Direito administrativo, com vasos comunicantes na questão da responsabilidade penal, sancionadora e administrativa), de fato, parece ser (hoje) a resposta mais apropriada não só para a tutela (fragmentária e subsidiária) de bens jurídicos, senão também para a gravíssima questão da impunidade (quase absoluta) em vários setores da criminalidade moderna e globalizada [...]". GOMES, Luiz Flávio. Sistemas penales comparados: Brasil. *Revista Penal*, N. 9, 2002, p. 173 (pp. 171-174).

correspondente das condutas que fossem direcionadas a este Direito Judicial Sancionador. Por ser mais flexível "*[...] que o direito penal em relação às garantias materiais e processuais, o direito judicial sancionador disporia de sanções menos severas que as penais, renunciando à imposição da pena de prisão [...]*"[537].

Ao se designar como órgão competente o Poder Judiciário, seria possível resguardar melhor os direitos e garantias das partes, permitindo que a decisão fosse "*[...] proferida por um magistrado especializado, imparcial e independente, comprometido com a verdade material, o que conduziria a uma maior segurança jurídica [...]*"[538]_[539]. Com esta matização, tem-se uma construção mais aproximada daquela que se busca delinear neste trabalho.

Prosseguindo no diálogo com as ideias recentes que exploraram estes espaços intermediários, merece especial atenção a imagem de SILVA SÁNCHEZ de um Direito Penal atuando em duas velocidades distintas. Seu diagnóstico é o mesmo de HASSEMER, a crítica à expansão do Direito Penal, expressão que dá título à obra em que lança a ideia, fruto das reflexões expostas em palestras ministradas em Buenos Aires e São Paulo, em 1998[540]. Como afirma EDISON CARRASCO JIMÉNEZ, trata-se da "*[...] resposta do autor ante a 'expansão', no que toca aos seus fenômenos jurídicos-penais ou seus efeitos, consistente em setorizar o Direito Penal [...]*"[541].

---

[537] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. Op. Cit., p. 5054.

[538] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. Op. Cit., p. 5054.

[539] "[...] impor-se-ia então jurisdicionalizar o setor mais relevante dos ilícitos penais descriminalizados, criando-se uma nova espécie de Direito: Direito sancionador. Em outras palavras, seria um juiz o responsável pela aplicação das sanções típicas desse âmbito jurídico (interdições, penas alternativas etc.; nunca pena de prisão) [...]". GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002, p. 67. Há outras formulações semelhantes, que por limitação própria do trabalho não logram ser aprofundadas. Para uma construção que tem paralelos, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário. In: CORREIA, Eduardo et al. **Direito Penal Econômico e Europeu**: Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 35-74, lembrado por SOUSA, Daniel Brod Rodrigues de. **O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no Direito Penal brasileiro**: contributo à sua conformação e delimitação. 2017. 486 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

[540] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, Nota previa a la primera edición.

[541] "[...] La propuesta de las "velocidades" de SILVA SÁNCHEZ, según nosotros, no pertenece al concepto de "expansión". Básicamente es la propuesta político-penal, esto es, la respuesta del autor ante la "expansión" en cuanto a sus fenómenos jurídico-penales o sus efectos, consistente en sectorizar el derecho penal de forma tripartita [...]". CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. El concepto de "expansión" del Derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de "inflación" penal. *Estudios penales y criminológicos*, V. 37, 2017, pp. 48-49 (pp. 39-86). Tradução do autor. O autor fala em divisão "tripartita" pois engloba o que Silva Sánchez chama de Direito Penal de terceira velocidade, referindo-se ao Direito Penal do Inimigo, formulação de Günther Jakobs. Este aspecto não se inclui no escopo do presente trabalho, razão pela qual o foco permanece restrito na dualidade entre a primeira e velocidade do Direito Penal. Para uma análise da tese no original, ver: JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. 2ª Ed. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Cizur Menor: Civitas, 2006. No Brasil, ver: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008.

Contrapondo-se à leitura dos autores que defendem uma centralização do Direito Penal nos bens jurídicos que supostamente formam seu núcleo – vida, saúde, liberdade e patrimônio -, SILVA SÁNCHEZ sustenta que esse pedido por um retorno ao "velho e bom Direito Penal liberal" (*gutes, altes liberales Strafrecht*) é não apenas anacrônico, mas ucrônico, sustentando que na verdade tal limitação jamais existiu[542]. Ademais, os motivos que levaram à expansão para novos campos – como o meio-ambiente e a criminalidade econômica – não podem ser simplesmente ignorados, como se fosse possível apagar a demanda pelo simbolismo que o Direito Penal traz à sociedade.

Assim, na mesma linha aqui defendida, de "*[...] propor uma crítica dogmática à política criminal que seja realista e viável [...]*"[543], SILVA SÁNCHEZ adota como pressuposto ser possível construir sistemas sancionatórios com diferentes padrões de rigidez no que toca às garantias. Em suas palavras, há uma "*[...] direta relação (...) entre as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação [...]*"[544]. Deste modo, sistemas sancionatórios que prevejam consequências jurídicas diversas e apresentem teleologias também divergentes, podem e devem incorporar conjuntos próprios de garantias.

A atenção dada pelo autor recai sobre a pena de privativa de liberdade, afirmando que o problema é menos de uma expansão do Direito Penal propriamente dito, mas sim do crescimento de hipóteses em que se prevê tal modalidade de sanção[545]. Desta feita, afastada a possiblidade em abstrato de aplicação da pena corporal, seria admissível uma "*[...] diminuição de garantias e de 'rigor' dogmático [...]*", como ocorre no Direito Administrativo Sancionador, passando por um gradiente até o padrão menos estrito de imputação, válido para os casos simples de responsabilidade civil, nos quais fala-se apenas em reparação do dano[546]. Assim, "*[...] segundo este ideário, o equacionamento jurídico das*

---

[542] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, pp. 165-166.

[543] NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral**, p. 158.

[544] "[...] El punto de partida que adopto es la directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación. En efecto, estimo posible sostener la idea de que la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología. Expresado de otro modo: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto) [...]". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, pp. 167-168. Tradução do autor.

[545] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, pp. 168-169.

[546] "[...] En efecto, la disminución de garantías y de 'rigor' dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o

dificuldades advindas da pós-modernidade estaria ainda dentro da categoria do Direito Penal, com seu poder estigmatizante [...]", mas "*[...] para os novéis problemas, notadamente difusos, utilizar-se-ia de um Direito Penal menos garantista, de cunho flexível, ou relativizado, mas que não cominaria pena privativa de liberdade [...]*"[547].

O ponto chave da proposta de SILVA SÁNCHEZ, que a aparta do debate aqui travado, é a ideia de que "*[...] esse modelo de menor intensidade de garantias [...]*" deveria ser admitido "*[...] dentro do Direito Penal [...]*" e não como um modelo judicializados, mas subsumido a um juízo cível, como no caso da improbidade administrativa[548]. Seria possível admitir, assim, "*[...] essa graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo [...]*"[549].

Para SILVA SÁNCHEZ, há vantagens em manter este novo direito sancionatório no interior do Direito Penal. Em relação ao Direito Civil, tem-se o aporte da dimensão sancionatória que confere uma função comunicativa mais intensa à sociedade. Na comparação com o Direito Administrativo Sancionador, ganha-se com a figura de um juiz imparcial e equidistante das partes[550]. Daí se alcunhar a expressão "Direito Penal de duas velocidades"; uma primeira, formada pelo Direito Penal tradicional, com todas suas garantias e modelos de imputação, e outro menos garantista, sem previsão de penas privativas de liberdade. Além disso, mantida a capitulação da conduta no campo do Direito Penal, facilita-se evitar o *bis in idem*, uma vez que não se cogitaria do ajuizamento de duas ações igualmente penais sobre o mesmo fato.

A construção analisada tem mais pontos de contato com o tema da improbidade administrativa do que o Direito de Intervenção, na medida em que defende com veemência o papel do Poder Judiciário como órgão encarregado de atribuir sanções e comunicar à

---

privativas de derechos, o – más aún – de la 'reparación penal' (en los casos en que éste pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad [...]". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, p. 170. Tradução do autor.

[547] SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico**: Fundamentos, Limites e Alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 132-133.

[548] "[...] En mi opinión, con todo, y aparentemente a diferencia de la propuesta del 'Derecho de la intervención', no habría ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho penal, siempre y cuando —eso sí— las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión [...]". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, p. 172. Tradução do autor.

[549] "[...] La clave radica, pues, en admitir esta gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en el propio seno del Derecho penal, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo [...]". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, p. 171. Tradução do autor.

[550] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**, p. 173 e pp. 178-179.

sociedade a reprovabilidade devida à conduta e ao autor. A pretensão de manter este novo sistema como parte do Direito Penal, contudo, suscita justas críticas e preocupação[551].

A mais relevante delas, no que concerne ao estudo aqui empreendido, diz respeito à dificuldade em imaginar que a Justiça Criminal lograsse trabalhar com dois – ou mais – modelos diversos de sancionamento, sem que houvesse uma contaminação de um lado a outro. Ante o espírito punitivista que se alastra nos últimos anos e décadas[552], banalizando-se direitos e garantias fundamentais mesmo em processos criminais típicos, o mais provável -se não óbvio – é que a segunda velocidade invadisse, paulatinamente, espaços restritos à primeira, o que não se pode admitir sob nenhuma hipótese.

Ao se "*[...] fragmentar a teoria do delito, modificando princípios reitores do Direito Penal [...]*"[553] para torná-lo mais facilmente manejável, coloca-se em risco a integridade do Direito Penal tradicional. A lógica que deve estar incutida no sistema de Justiça Criminal – do juiz ao membro do Ministério Público, passando pelos servidores e a Polícia Judiciária – é una e há de ser preservada: as garantias fundamentais atreladas ao Direito Penal não admitem flexibilização ou matização. Abrir exceções, vestindo sobre a dogmática penal uma roupagem menos garantista, faz lembrar Chico Buarque, quando alerta que "*[...] quem brincava de princesa acostumou na fantasia [...]*"[554].

Ainda que a maior parte dos aportes advenham de pensadores do Direito Penal – o que se explica pela preocupação inerente ao tema das penas e do sancionamento em geral que subjaz à matéria -, também desde o Direito Civil há reflexões que pugnam pela adoção de modelos intermediários. Exemplo desta linha de pesquisa é o trabalho de BELÉN

---

[551] Parte significativa das críticas volta-se à indefinição quanto a quais delitos, relativos a quais bens jurídicos, permaneceriam no Direito Penal de primeira velocidade e quais passariam a adotar a segunda velocidade. Ainda que se possa ter clareza em relação a boa parte dos bens jurídicos, sempre haveria uma zona cinzenta cuja atribuição – a um lado ou outro – ficaria na discricionariedade do legislador, sem apego a critérios científicos. (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., pp. 65-68). Esta crítica não encontra eco nas preocupações desta tese, na medida em que as infrações que compõem a Lei nº 8.429/92 já estão delimitadas e, de outro lado, a Administração Pública segue sendo um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal tradicional. O obstáculo da violação ao princípio do *ne bis in idem*, como já dito, foi superado pelo texto constitucional, conquanto dele se discorde.

[552] Sobre o sensível aumento do punitivismo dos tribunais na Espanha, ver: STANCU, Oana; VARONA, Daniel. ¿Punitivismo también judicial?: Un estudio a partir de las condenas penales por homicidio en España (2000-2013). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N. 19-12, 2017, pp. 1-33. Sobre o fenômeno no Brasil, ver: CAVALCANTE, Eduardo Augusto Aires. **Relegitimando o ilegitimável**: Direito Penal, simbolismo e o ressurgir do punitivismo. 2011. 76 f. Monografia (Grau de Bacharel em Direito) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

[553] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit., pp. 63.

[554] SANTOS, José Sandro dos. Imagens do trovadorismo português na poética de Chico Buarque. In: ARAGÃO, Maria do Socorro Silva de (Org.). **Literatura & Tempo**: cem anos de encantamento. II CONALI – Congresso Nacional de Literatura – ANAIS. João Pessoa: Mídia, 2014, p. 674 (pp. 670-681).

CASADO CASADO, Professora de Direito Civil da Universidade de Málaga, que se debruçou sobre o que denomina Direito Civil Sancionador.

Conforme sugere a autora, o Direito Civil não se restringe exclusivamente a determinar o ressarcimento, como consequência negativa que decorre da causação de um dano. Há tempos, por influxo da legislação e de disposições contratuais, passou a ser reconhecida a figura da sanção civil em sentido estrito, "*[...] medidas impostas pelas normativa civil, que possuem uma finalidade punitivo-preventiva, como as penas do Código Penal [...]*"[555].

Ainda que não reconheça que tais sanções decorrem do *ius puniendi* do Estado[556] – com o que somente se pode concordar sob uma visão estrita, ignorando o fato de que a pena, mesmo que estipulada em contrato, somente pode ser declarada pertinente e executada pela ação do Estado-Juiz -, postula a atração de garantias características do Direito Penal, como os princípios da legalidade e da tipicidade, uma vez que entende ser sua aplicação decorrente da natureza das sanções, não do âmbito no qual aplicadas[557]. Do mesmo modo, sustenta que toda interpretação em casos que envolvem sanções civis deve ser restritiva, quando em prejuízo de quem e defende, técnica hermenêutica igualmente típica do Direito Penal[558].

Diante do quadro exposto neste subitem, é possível perceber que a doutrina nos países da tradição jurídica da *Civil Law* não apenas admite como, nos últimos anos, vem

---

[555] "[...] Desde un concepto de sanción civil en sentido amplio, podríamos considerar sanción cualquier consecuencia a la contravención normativa impuesta por el Derecho Civil o Privado (incluyendo también las posibles sanciones mercantiles en cuanto aplicadas por la misma Jurisdicción Civil). Pero serán consideradas sanciones civiles en sentido estricto aquellas medidas impuestas por la normativa civil que posean una finalidad punitivo-preventiva, al igual que las penas del Código Penal, porque a esta idea de pena ha estado asociado el concepto de sanción desde siempre [...]". CASADO CASADO, Belén. **El Derecho Sancionador Civil**: Consideraciones generales y supuestos. Málaga: Universidad de Málaga, 2009, p. 45. Tradução do autor. Da mesma autora, aprofundando o estudo da relação entre violação das normas e sancionamento no Direito Civil, ver: CASADO CASADO, Belén. La infracción de las normas jurídicas y su sanción. In: RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel; MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa (Coord.). **Conceptos básicos de Derecho civil**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 35-44.

[556] "[...] Un tradicional concepto de sanción vinculado al concepto de pena hace que, desde esta delimitación, la sanción civil en sentido estricto posea ciertas 'semejanzas' a las sanciones penales, o incluso, administrativas, aunque no resulten impuestas por el Derecho público ni sean exactamente producto del ius puniendi del Estado, en determinados casos [...]". CASADO CASADO, Belén. **El Derecho Sancionador Civil**, p. 225.

[557] "[...] El art. 25 CE declara el principio de legalidad y el de tipicidad como derivación del anterior según ya hemos afirmado, aplicable al ámbito sancionatorio penal y administrativo. Entendemos que esta mención legal no es obstáculo para afirmar que dicho principio también procede en la aplicación de sanciones civiles con finalidad punitiva. Este principio, entendemos, está enfocado como una garantía en la imposición de sanciones que conllevan una consecuencia negativa para el autor de las mismas, y que tienen una función de castigo de conductas ilícitas, al servicio de os fines de prevención general y especial [...]". CASADO CASADO, Belén. **El Derecho Sancionador Civil**, p. 243.

[558] "[...] El principio de interpretación restrictiva debe ser necesariamente aplicable a Derecho Civil sancionador, desde la afirmación del carácter punitivo de las sanciones que tal Derecho impone [...]". CASADO CASADO, Belén. **El Derecho Sancionador Civil**, p. 247.

constantemente propondo e repropondo novas ideias de modelos intermediários. As diferenças entre eles importam menos do que a disposição e abertura à quebra do paradigma dicotômico entre os modelos do Direito Penal, Direito Civil e Direito Administrativo Sancionador. Há uma leitura, que permeia os mais diversos autores, de que os paradigmas que vigeram por mais de um século não mais dão conta das formas menos ortodoxas que o legislador, no Brasil e alhures, vem adotando.

3.3. A estipulação de critérios de ancoragem: em qual ponto da régua deve estar a imputação subjetiva na improbidade administrativa?

Exposta no item 3.1. a ideia de que uma legislação civil sancionatória deve se fazer acompanhar de um modelo intermediário, estabelecido entre os paradigmas do Direito Penal e do Direito Civil, e reconhecido no item 3.2. que sua implantação nos países da tradição jurídica da *Civil Law* não encontra óbice no posicionamento jurisprudencial ou na doutrina, impõe dar início à sua construção no que toca ao objeto da tese, a improbidade administrativa estatuída na Lei nº 8.429/92.

Para tanto, recorda-se que não há um único modelo intermediário, pré-fixado em suas características e nos elementos que congrega. Ao contrário, cada modalidade de processo sancionatório implicará na necessidade de estabelecer as bases e contornos de seu próprio modelo intermediário.

O início desta tarefa, deste modo, parte da fixação dos critérios de ancoragem do modelo ou, em outras palavras, a verificação de qual paradigma – o do Direito Penal ou do Direito Civil – deve se sobressair. Tampouco aqui se pode falar de um protótipo único, uma vez que o exercício há de ser multidimensional. Não é por conta de um único critério – o tipo de pena, a aflição causada a quem a sofre ou a finalidade buscada, por exemplo – que se definirá de modo estanque a ancoragem. Assim como um grande navio usa múltiplas âncoras, pois com uma única se moveria ao ritmo das correntes e do vento[559], também aqui é preciso encontrar abundantes pontos de apoio.

Com base no precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos, mencionado no subitem 3.2.1. e nas características diferenciadoras da responsabilização nos âmbitos pena e

[559] SASA, Kenji; INCECIK, Atilla. Numerical simulation of anchored ship motions due to wave and wind forces for enhanced safety in offshore harbor refuge. *Ocean Engineering*, V. 44, 2012, pp. 68-78.

civil, expostas no Capítulo 2, cinco são os critérios que devem ser levados em conta para delinear qual ponto da régua – entre os modelos do Direito Penal e do Direito Civil – deve ocupar o modelo intermediário da improbidade administrativa, divididos em cinco subitens.

Em primeiro lugar, por necessário respeito à lei positiva, ponto de partida da análise, há que se levar em conta a vontade do legislador e, portanto, a forma que à norma optou-se por dar. Em seguida, há que se lançar olhos ao injusto, avaliando sua natureza, e, posteriormente, à pena, não apenas em relação à sua modalidade, mas especialmente no que toca às finalidades buscadas com sua aplicação e ao estigma que ocasiona em quem a sofre.

Por fim, a conclusão a ser alcançada implica averiguar se o procedimento representa manifestação do *ius puniendi* do Estado ou se constitui mero controle das relações intersubjetivas.

3.3.1 Ancoragem em razão do juízo competente e do tipo de procedimento: a definição do legislador

O início do percurso deve ser a opção, primeiro do Poder Constituinte e, em seguida, do legislador, debatida em detalhes no item 1.5. do trabalho. Na ocasião, percebeu-se que, com idas e vindas, a natureza dada à improbidade administrativa foi civil.

Apenas com o exercício de arqueologia normativa realizado é que se pode inferir esta conclusão, uma vez que tanto nos debates da Assembleia Nacional Constituinte, quanto na tramitação da lei, em mais de uma oportunidade houve tentativas de dar caráter nominalmente penal ao instituto. Esta pesquisa faz-se necessária pois, nem a Constituição Federal, nem o texto legal, são peremptoriamente claros quanto à opção tomada.

Rememorando no que importa o quanto visto anteriormente, a Constituição Federal, no parágrafo 4º do artigo 37 determina que "*[...] 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 [...]*".

Ainda que se possa reconhecer que não foi penal o caráter dado, tendo em vista a parte final, que abre espaço ao ajuizamento da "ação penal cabível", não se poderia, só por isso, deduzir que a natureza pensada pelo constituinte era civil. O mero afastamento da opção

criminal não implica, necessariamente, tal conclusão, pois seria possível, em tese, cogitar de outras naturezas não-criminais, como a administrativa e disciplinar.

Tampouco a Lei nº 8.429/92 primou por afirmar claramente a natureza da ação que estatuiu. Em seu artigo 17, limita-se a afirmar que a ação se processará pelo rito ordinário e que pode ser ajuizada tanto pelo Ministério Público, quanto pela pessoa jurídica de Direito Público vítima do suposto ato[560]. Já se percebe, ao menos, que foi cristalina a escolha por um processo judicializados, em detrimento de um processo administrativo. Mais adiante, no parágrafo 6º do mesmo artigo, um indício aponta para a escolha por um feito de natureza cível, ante a remissão à aplicação dos artigos 16 a 18 do revogado Código de Processo Civil de 1973, que tratavam da má-fé processual[561]. Também ao Código de Processo Civil remete-se no que toca ao pedido de sequestro de bens[562] e, de igual modo é definida como "civil" a multa prevista no elenco de sanções aplicáveis[563].

As regras do rito, ainda que modificadas pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, que instituiu um procedimento prévio de admissibilidade do processamento da ação[564],

---

[560] "[...] Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[561] "[...] Art. 17. (...) § 6º. A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[562] "[...] Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. § 1º. O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[563] "[...] 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. IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[564] "[...] Art. 17. (...) § 7º. Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações,

dialogam com a linguagem do processo civil. Fala-se em contestação, não defesa[565], em agravo de instrumento contra a decisão que recebe a inicial[566] e em sentença que julga a "ação civil de reparação de dano", sem deixar claro se a referência é à própria ação de improbidade administrativa ou a outra, que tenha apenas aquele objeto de ressarcimento[567].

De outro lado, explicitamente mencionou-se o Código de Processo Penal como fonte das regras que regem depoimentos e a inquirição de testemunhas[568], bem como inseriu-se no Capítulo 4 da lei, denominado "Das Disposições Penais", as regras relativas ao momento em que podem ser executadas as penas de perda do cargo e suspensão de direitos políticos[569]; a determinação de que as penas previstas na própria lei independem de dano ou manifestação dos Tribunais de Contas[570], e, principalmente; afirmou-se que para a apuração dos ilícitos previstos na lei o Ministério Público pode requisitar a instauração de inquérito policial[571].

Como exposto, os contraditórios dispositivos da Lei nº 8.429/92 pouco ajudaram a tornar clara a natureza da opção legislativa, situação semelhante àquela verificada quando da instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha e no Chile, quanto ao sistema de imputação escolhido [572]. Neste cenário, costuma caber, como coube, à jurisprudência preencher a lacuna.

---

dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001). § 8º. Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001) [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[565] "[...] Art. 17. (...) § 9º. Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[566] "[...] Art. 17. (...) § 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[567] "[...] Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[568] "[...] Art. 17. (...) § 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1o, do Código de Processo Penal [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[569] "[...] Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[570] "[...] Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[571] "[...] Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo[...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[572] "[...] En el caso de España con la promulgación de la Ley Orgánica 5/ 2010, que introdujo modificaciones al artículo 31 bis del Código Penal de 1995, y que consagra explícitamente y de manera tasada la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos "en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus representantes legales o administradores de hecho" y "por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente entendeu e segue entendendo que as ações ajuizadas para apuração dos atos de improbidade administrativa ostentam natureza civil. Caso paradigmático neste sentido foi o julgamento da Reclamação nº 2.723/SP, em 15 de outubro de 2008, mormente pelo fato de que, cuidando e reclamação, seu julgamento se deu pela Corte Especial. Já na ementa afirma-se a natureza civil, diferenciação que se fez necessária ante o fato de que se discutia se o acusado, membro de Tribunal de Contas, deveria ser julgado originalmente no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça[573]. Conforme assentou a relatora, "*[...] a prerrogativa de foro, no entanto, está adstrita à persecução criminal, e não se estende à investigação por eventuais atos de improbidade administrativa [...]*"[574].

JOSÉ AUGUSTO DELGADO, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, narra a evolução do entendimento daquela Corte quanto à natureza da ação por ato de improbidade administrativa, reafirmando que a jurisprudência "*[...] tem afastado, embora por maioria, a caracterização da Lei de Improbidade Administrativa ter natureza penal [...]*"[575].

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal em razão da aprovação da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que estendeu o foro por prerrogativa de função, previsto no artigo 84 do Código de Processo Penal, às ações relativas às improbidades

---

haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso". En Chile, con la dictación de la Ley 20.393 de 2 de diciembre de 2009, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, de financiamiento del terrorismo y de cohecho "que fueron cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración o supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior". En ambos sistemas jurídicos, el conjunto de disposiciones que reglamentan esta responsabilidad no permite apreciar una clara opción del legislador por un determinado sistema de imputación (si directo o indirecto) [...]". KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Hacia un sistema unitario de responsabilidades y deberes de responder**, p. 58, n. 154.

[573] "[...] RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. INEXISTÊNCIA. FATOS QUE, AO MESMO TEMPO, PODEM, EM TESE, CONFIGURAR CRIMES E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRERROGATIVA DE FORO ADSTRITA À MATÉRIA CRIMINAL. NATUREZA CÍVEL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRECEDENTES. 1. A competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, os membros do Tribunal de Contas dos Estados, consoante dispõe o art. 105, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, está adstrita à persecução criminal, e não se estende à investigação por eventuais atos de improbidade administrativa, porque estes são apurados em ação própria de natureza cível. Precedentes. 2. Reclamação cujo pedido é julgado improcedente [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2.723/SP, da Corte Especial, rel.ª Min.ª Laurita Vaz, julgado em 15.10.2008, publicado em 06.04.2009.

[574] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2.723/SP, p. 4.

[575] O autor menciona, como suporte de sua conclusão, dentre outra, a decisão da Reclamação 591/SP, em que se assentou que a ação por improbidade administrativa "[...] trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil [...]". DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, V. 14, N. 1, 2002, pp. 25-26 (pp. 21-42).

administrativas[576]. Como disse a Procuradora Regional da República, MÔNICA NICIDA GARCIA, "*[...] no apagar das luzes do Governo Fernando Henrique, em dezembro de 2002, foi editada a Lei 10.628, que introduziu modificações no artigo 84, do CPP, e pelas quais se instituiu o foro privilegiado para as ações de improbidade [...]*"[577]. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, ajuizaram, respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2797-2 e nº 2.860, julgadas procedentes, conjuntamente, em 15 de setembro de 2005 e relatadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence[578].

Já na ementa afirmou-se que "*[...] pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal [...]*"[579]. Mais adiante, com indiscutível nitidez, disse o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE que "*[...] a ação de improbidade administrativa é uma ação civil [...]*"[580], amparando-se no mencionado texto do parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal, argumento em que foi acompanhado pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA[581]. O Ministro CARLOS AYRES BRITTO, votando com o relator, igualmente se opôs a vislumbrar natureza penal na ação de que trata a Lei nº 8.429/92, ainda que em seu entendimento a norma trata de ilícitos administrativos[582]. No mesmo sentido foi o voto do Ministro CEZAR PELUSO, afirmando ser "*[...] a ação de improbidade – objeto do art. 37, inciso IV [sic] – nítida e escancaradamente de caráter civil [...]*"[583]. O Ministro CARLOS VELLOSO, votando com a maioria vencedora, de igual modo entendeu inconstitucional o dispositivo pois "*[...]*

---

[576] "[...] Art. 1º. O art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. (...) § 2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º. [...]". BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002 (Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal). Brasília, 24.12.2002.

[577] GARCIA, Mônica Nicida. **O combate à corrupção pelo Ministério Público por meio das ações de improbidade**. Discurso realizado na Reunião de Procuradores ocorrida em Roma durante a comemoração de 10 anos da Convenção da OCDE sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 20 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-convencoes-internacionais/discursoreuniaoroma.pdf>. Acesso em 03.03.2018, p. 9.

[578] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, do Tribunal Pleno, relator Min. Sepúlveda Pertence, julgadas em 15.09.2005, publicados em 19.12.2006.

[579] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, p. 3.

[580] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, p. 41.

[581] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, p. 87.

[582] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, p. 97.

[583] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, p. 106.

equipara, em nível infraconstitucional, a ação civil por improbidade administrativa à ação penal [...]"[584], compreensão também adotada pelo Ministro CELSO DE MELLO[585].

É bem verdade que posteriormente, no julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, a mesma Corte, por apertada maioria, assemelhou as ações de improbidade aos crimes de responsabilidade, em caso envolvendo ex-Ministro de Estado[586]_[587]. Tal entendimento, contudo, além de não ter exarado efeitos para além das partes envolvidas, não se protraiu no tempo. Na mesma data, em 13 de junho de 2007, no julgamento da Questão de Ordem na Petição nº 3.923[588], nova maioria, que tem se mantido desde então, refutou a aproximação e sedimentou a compreensão do Supremo Tribunal Federal nesta linha.

Conforme se percebe, o Supremo Tribunal Federal, atuando como intérprete constitucional em controle concentrado, afirmou que a natureza da ação de improbidade não é penal, mas civil. Não se ingressou no mérito, contudo, da eventual matização do procedimento, ante o caráter sancionatório da ação prevista na Lei nº 8.429/92. O debate, como visto, cingiu-se a infirmar um caráter exclusivamente penal, o que permitiria a extensão do foro por prerrogativa de função nestes casos.

Deste modo, em relação ao primeiro critério de ancoragem, mesmo diante da falta de clareza dos textos constitucional e legal, é de se reconhecer a natureza civil que o constituinte e o legislador pretenderam dar à matéria. Como afirma GRAZIELLA SILVEIRA COUTINHO, "*[...] não foi intenção do legislador, com a Lei nº 8.429/92, a criação de figuras típicas penais [...]*", dado que o legislador "*[...] buscou, por meio da Lei em questão, extrair consequências extrapenais ou cíveis latu sensu [...]*"[589]. pp. 34-35.

---

[584] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, p. 190.
[585] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, p. 205.
[586] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138/DF, do Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, julgada em 13.06.2007, publicado em 18.04.2008.
[587] "[...] Nos pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para julgar essa reclamação, as duas correntes sobre a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa (caráter criminal e caráter civil) foram extensamente debatidas. A que sustenta que a ação de improbidade administrativa tem caráter penal foi seguida, nessa reclamação, pelos Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Cezar Peluso e Eros Grau. Posicionaram-se diferentemente os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, ou seja, quanto à natureza civil das ações de improbidade administrativa [...]". REUPKE, Erika Giovanini. **Natureza jurídica da ação de improbidade quanto aos agentes políticos**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74495/natureza_juridica_acao_reupke.pdf>. Acesso em 03.03.2018, p. 13.
[588] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138/DF, do Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, julgada em 13.06.2007, publicado em 26.09.2008.
[589] COUTINHO, Graziella Silveira. **Improbidade Administrativa e a Lei nº 8.429/92**. 2008. 43 f. Relatório apresentado na disciplina Direito Administrativo sem fronteiras (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, pp. 34-35.

Como já ressaltado[590], contudo, o legislador pode muito, mas não pode tudo. Ao impor o rótulo civil às ações que discutem as improbidades administrativas, finca-se uma âncora que há de ser respeitada e que trará consequências práticas, como a determinação do foro competente para o julgamento. Não será apenas por essa razão, contudo, que se definirá o modelo aplicável, incluindo o de imputação subjetiva. Como anteriormente sustentado, diversos são os elementos que influenciam esta construção.

3.3.2. Ancoragem em razão da natureza do injusto

O segundo critério a ser analisado diz respeito à natureza dos injustos previstos na legislação, se delitos criminais ou de outra espécie, administrativos ou civis. Como defendido no item 2.3., não há consenso quanto à possibilidade de estatuir um conceito material de delito criminal, que o diferencie, por sua essência, das infrações previstas em outros campos do ordenamento jurídico. Nada obstante esta constatação, é certo que um dos fundamentos para a determinação do caráter de um sistema sancionatório, na leitura da Corte Europeia de Direitos Humanos, é exatamente a natureza do delito[591]. Sendo assim, duas correntes postulam a possibilidade de uma distinção, uma de caráter formal, outra substancial.

Quem aponta como única saída uma distinção formal, assumindo a impossibilidade de determinação *ex ante* de uma conduta como merecedora de pena criminal, sugere que são delitos penais aqueles assim definidos pelo legislador. Assim, "*[...] serão delitos aqueles fatos compreendidos e descritos no Código Penal e nas leis penais especiais e que se encontrem sancionados com pena [...]*", enquanto "*[...] serão ilícitos civis aqueles que não possam ser compreendidos na primeira categoria e que tenham como consequência*

[590] Ainda que tratando da linha divisória entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, são pertinentes as colocações de Eduardo Cordero Quinzacara: "[...] Sin embargo, esta tesis no resuelve un aspecto que es fundamental: reconociendo que existe un Derecho penal y un Derecho administrativo sancionador, ambos de proyección del Derecho público del Estado, no aparece resuelto el problema respecto de los límites a que debe someterse el legislador en su configuración, más aún si se reconoce que en el ámbito de la Administración las garantías se hacen más flexibles o tenues. Además, siendo ambos instrumentos que están en poder del legislador, no resulta fácil comprender a ambos poderes punitivos como estancos separados, sin un lazo o vínculo alguno [...]". CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Op. Cit., p. 147.

[591] "[...] In any event, the indications furnished by the domestic law of the respondent State have only a relative value. The second criterion stated above - the very nature of the offence, considered also in relation to the nature of the corresponding penalty - represents a factor of appreciation of greater weight [...]". UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Öztürk v. Alemanha, p. 14.

unicamente a indenização pelos danos [...]"[592]. Esta seria, segundo KRAUSE MUÑOZ, a posição de ROXIN, que entende ser a sanção criminal o fator distintivo[593].

Outra distinção, igualmente formal, diria respeito à forma de elaboração legislativa das normas proibitivas. Enquanto no Direito Penal as condutas viriam definidas com precisão, em atenção a princípio da estrita tipicidade[594], no Direito Civil as proibições seriam mais genéricas, algo como a fórmula "*[...] não cause dano de maneira antijurídica e culpável [...]*"[595].

De acordo com o primeiro postulado, parece certo que as infrações estatuídas na Lei nº 8.429/92, ao menos parte substancial delas, podem ser consideradas como de natureza criminal. Isso porque o legislador também as definiu, em outro momento, como ilícitos criminais, se não com as mesmas palavras, de modo similar o suficiente para que se possa fazer a equiparação.

Sem a pretensão de criar um quadro comparativo, não é preciso grande exercício de interpretação para verificar que os crimes previstos no Título XI do Código Penal configuram, em tese, improbidade administrativa, ao menos na forma residual do artigo 11. A título de exemplo, enquanto as modalidades de peculato do artigo 312 e seu parágrafo 1º do Código Penal[596] ajustam-se com clareza ao tipo do artigo 9º da Lei nº 8.429/92[597]; o

---

[592] "[...] Una distinción también formal se encuentra entre quienes consideran que no existe una diferencia sustancial entre delito y pena, ni entre pena e indemnización de perjuicios, pero que, sin embargo, es necesario efectuar la distinción de acuerdo con los criterios que el legislador ha utilizado, sean éstos más o menos arbitrarios. Conforme a ellos, serán delitos aquellos hechos comprendidos y descritos en el Código Penal o en leyes penales especiales y que se encuentren sancionados con pena; mientras que serán ilícitos civiles aquellos que no puedan ser comprendidos en la primera categoría y que tengan como consecuencia únicamente la indemnización de prejuicios [...]". KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Hacia un sistema unitario de responsabilidades y deberes de responder**, p. 95. Tradução do autor.

[593] ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I, p. 41.

[594] CUETO PÉREZ, Miriam. Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad. *Documentación Administrativa*, N. 280-281, 2008, pp. 97-103 (pp. 95-117).

[595] "[...] Otra explicación formal podemos encontrarla a nivel de la norma primaria, según la amplitud o extensión de las prohibiciones. Mientras en materia civil la norma de prohibición tendría un supuesto de hecho amplio e indeterminado que se puede esbozar como 'no dañes de manera antijuridica y culpable', en materia penal encontraríamos normas primarias especificas que prohíben conductas concretas y determinadas [...]". KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Hacia un sistema unitario de responsabilidades y deberes de responder**, p. 95. Tradução do autor. Nesta linha são as ponderações de Antonio Quintano Ripollés: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal. *Anuario de Derecho Civil*, V. 10, N. 4, 1957, pp. 1046-1048 (pp. 1039-1056).

[596] "[...] Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1° - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário [...]". BRASIL. **Código Penal**.

[597] "[...] Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei [...]". BRASIL. Lei nº 8.429/92.

peculato culposo [598] tem correspondência com a previsão do artigo 10 da lei de improbidades[599]. A comparação poderia seguir por todo o rol de crimes, ao menos daqueles do Capítulo 1, praticados por funcionário público. Mesma constatação se tem ao analisar a legislação especial, como no caso da dispensa indevida de licitação[600] ou da fraude no procedimento licitatório[601], com paralelos no já mencionado artigo 10 ou, ao menos, no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, se inexistente o dano ao erário[602].

É possível constatar, desde modo, que há identidade suficiente entre as condutas previstas na legislação criminal e as improbidades administrativas, permitindo afirmar que sua natureza é, no mínimo, também penal.

À mesma conclusão se chega ao analisar a questão sob o ponto de vista do segundo postulado suscitado, qual seja, o da opção por uma tipificação detalhada de condutas. Como já se delineou, "*[...] a ilicitude civil, ao contrário da penal, não é caracterizada pela referência essencial ao tipo [...]*". Deste modo, "*[...] vale, neste domínio, o princípio da atipicidade dos actos ilícitos [...]*"[603].

Para o Direito Penal, ao menos desde a formulação de ERNST BELING, a tipicidade é um dos seus elementos mais essenciais[604], representando a forma pela qual se manifesta o

---

[598] "[...] § 2° - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano [...]". BRASIL. **Código Penal**.

[599] "[...] Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1° desta lei [...]". BRASIL. Lei nº 8.429/92.

[600] "[...] Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público [...]". BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências). Brasília, 21.06.1993.

[601] "[...] Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa [...]". BRASIL, Lei nº 8.666.

[602] "[...] 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 [...]". BRASIL. Lei nº 8.429/92.

[603] CUNHA, Paulo Manuel dos Santos Coelho de Sá e. **Ilicitude, dolo, negligência e culpa em Direito Civil**: Sobre a aplicabilidade da concepção de ilícito pessoal à imputação subjectiva em Direito Civil. 1991. 33 f. Relatório apresentado à Cadeira de Direito Civil (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1992, p. 14.

[604] Sergi Cardenal Motraveta expõe, em notável tese doutoral, a evolução do conceito de "tipo penal", desde Beling e seus precursores até os neokantianos. CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. **El tipo penal en Beling y los neokantianos**. 2002. 564 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2002, pp. 13 e ss.

princípio da legalidade, a ideia segundo a qual não há crime sem lei anterior que o defina[605]. Ante a gravidade das sanções vinculadas à violação das normas penais, apenas uma definição precisa das condutas que se quer proibir é que limita – ou, ao menos, tenta limitar – o arbítrio do Estado[606]. Como conceitua ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO

> A norma jurídico-penal pode ser tradicionalmente definida como uma mensagem prescritiva, que busca efetivar em seu interlocutor uma ação ou omissão determinada. Para isso, estrutura-se no relacionamento entre uma descrição factual de determinado comportamento humano e uma resposta sancionadora, especialmente diante da necessária obediência ao princípio da reserva legal, realizado por meio da tipicidade[607].

Dado este pressuposto e comparando-o com o paradigma do Direito Civil, há que se reconhecer que a técnica de que se valeu o legislador na confecção da Lei nº 8.429/92 aproxima-se sobremaneira daquela própria do Direito Penal. Isso porque, além do *caput* de cada um dos artigos 9º a 11, que adotam redação mais aberta, cada modalidade de improbidade faz-se acompanhar de um elenco de condutas descritas de maneira típica.

Há, assim, doze incisos delineando tipos relativos às improbidades que importam em enriquecimento ilícito, outros vinte e um atinentes às improbidades que causam lesão ao erário e, por fim, nove incisos que predicam improbidades administrativas atentatórias contra os princípios da Administração Pública. Colaciona-se abaixo dois deles, seguidos dos tipos penais da corrupção passiva, de modo a demarcar a similitude das técnicas de formatação utilizadas:

> Art. 9º. (...)

---

[605] "[...] "Desde la gran crítica de Feurbach al proyecto de Kleinschrod, la proposición 'nullum crimen sin lege' se ha impuesto definitivamente. Pero sólo tenía validez desde el punto de vista de política criminal y de técnica legislativa. En la dogmática del Derecho penal todavía no estaba suficientemente elaborada. En lugar de realizar puntualmente su misión vinculada al Estado de Derecho, la teoría del tipo del siglo XIX ha malgastado su tiempo con inacabables consideraciones ajenas al proceso [...]. Beling ha recuperado ese tiempo perdido. Un siglo después de Feuerbach y Stübel, Beling ha extraído las consecuencias sistemáticas del principio 'nullum crimen sine lege' del Estado de Derecho [...]". HALL, Apud. CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. Op. Cit., p. 22, n. 16.

[606] Não tem relevância para o presente trabalho adentrar o tema da tipicidade em profundidade, sendo suficiente fixar sua relevância na distinção entre Direito Penal e Direito Civil. Para estudos mais completos, ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**; SOUSA, Matheus Herren Falivene. **Estruturação linguística dos tipos penais**. 2014. 376 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade Penal**: Uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012; CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982; BRANDÃO, Claudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012;

[607] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 73-74.

> I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
>
> (...)
>
> X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; [608]

> Código Penal
>
> Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.
>
> § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa[609].

A técnica de redação e o uso da linguagem são, como se pode notar, praticamente idênticas àquelas vistas nos tipos penais. Não se pode dizer serem plenamente iguais ante o fato de que nas improbidades administrativas há um maior uso de expressões vagas e conceitos abertos, o que será objeto de reflexão em momento posterior do trabalho. Ademais, enquanto nos tipos penais insere-se as penas no mesmo *topos* em que estipulada a conduta, a Lei nº 8.429/92 as prevê em artigo próprio, fazendo referência a cada uma das modalidades de improbidade[610].

---

[608] BRASIL. Lei nº 8.429/92.
[609] BRASIL. **Código Penal**.
[610] Conforme já destacado, as penas constam do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, variando em sua gradação da maior para a menor gravidade, do artigo 9º ao artigo 11.

De toda forma, pelo grau de detalhamento das condutas é possível constatar, sem grande esforço, que não se está diante de uma norma genérica civil, como a mencionada no início deste subitem, decorrente do princípio do *neminem laedere*[611]. Ao contrário, a estrutura descritiva – com o uso de um verbo para delinear a ação e seus correspondentes elementos – aponta para a fórmula da tipicidade no Direito Penal.

Superada a análise que as duas acepções formais de clivagem entre injusto penal e civil podem ofertar, cabe, brevemente, averiguar a possibilidade de fazer o mesmo no que toca a um conceito material de delito.

As tentativas de construção de um conceito material para o injusto penal costumam partir do diagnóstico de que o Direito Penal tem sido banalizado, expandindo-se ante as pressões da opinião pública e o oportunismo dos parlamentos, que nele encontram respostas fáceis a problemas difíceis. Contudo, como predicaria a famosa frase de HENRY LOUIS MENCKEN, "*[...] para todo problema complexo, existe sempre uma solução simples, elegante e completamente errada [...]*"[612]. Assim, "*[...] as pesquisas interessadas na busca de um conceito material de delito são, em regra, comprometidas com a limitação do sistema criminal [...]*"[613].

Caberia então à dogmática, com o estabelecimento de um conceito que delimite aquilo que pode ou não ser criminalizado, impor freios à insaciável demanda por novos tipos penais. ROXIN, neste sentido, entende que "*[...] há muitas razões para entender que o legislador atual, ainda que goze de legitimidade democrática, não pode incriminar algo apenas porque não goste [...]*", dado que "*[...] o ideal é que o poder de intervenção estatal e a liberdade dos cidadãos devem se equilibrar, de forma que se garanta ao indivíduo tanta*

---

[611] Sobre o princípio, desde sua origem em Roma, no Código Justinianeu, até sua incorporação como fundamento do direito de danos no âmbito civil, ver: CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos. **El daño ilícito**. 2015. 417 f. Tese (Doutorado em Novas Tendências em Direito Privado) – Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2015.

[612] Como costuma ocorrer com frases que se disseminam em tempos de internet, por vezes a versão falsa acaba tomando o lugar da citação original. Seu primeiro uso ocorreu no artigo "The Divine Afflatus", publicado por Mencken no jornal New York Evening Mail em 16 de novembro de 1917, com a seguinte redação: "[...] Explanations exist; they have existed for all time; there is always a well-known solution to every human problem neat, plausible, and wrong [...]". Posteriormente o artigo tornou-se um capítulo do libro Prejudices: Second Series, do mesmo autor, publicado em 1921. MENCKEN, Henry Louis. **Prejudices**: Second Series. Londres: Jonathan Cape, 1921, p. 158.

[613] Destaca ainda o autor que "[...] todo este movimento tem como importante lastro a sociedade da informação, na qual a mídia possui impressionante poder de reverberar a criminalidade e, em consequência, transmitir e emplacar no seio comunitário a sensação de insegurança [...]". SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, p. 219.

proteção quanto seja necessária, mas também tanta liberdade individual quanto possível [...]"[614].

Apesar das imensas dificuldades, sobretudo de ordem política, de buscar impor ao legislador limites ao seu poder de estatuir delitos criminais[615], ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO postula que um conceito material de delito há de ser haurido das finalidades da pena, radicadas "*[...] sobre as bases jurídicas que são fruto da opção política mais elevada de todas, qual seja, o modelo de Estado em que se quer viver [...]*". Assim, se a decisão tomada na instituição de um Estado Democrático de Direito é a de "*[...] ofertar oportunidade para todos, erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades e respeitar a dignidade humana [...]*", então não se pode conceber que as penas aplicadas por este mesmo Estado se destinem "*[...] a excluir, a segregar, a aprofundar a diferenciação entre desprovidos e privilegiados economicamente [...]*"[616].

Nesta linha de raciocínio, a pena somente pode ser justificada se buscar revalidar "*[...] os valores constitucionais (...) promovendo a integração e a cidadania [...]*"[617], o que implica vislumbrar como legítimas as finalidades de prevenção geral positiva e prevenção especial negativa.

Do diagnóstico formulado resulta um conceito material de delito que passa por um duplo juízo político-criminal. O primeiro "*[...] refere-se à legitimidade de ameaçar abstratamente com pena a liberdade de todos os indivíduos [...]*", ao que se denomina "merecimento de pena", e traspassa o tema da antijuridicidade. O outro, "*[...] questiona a necessidade concreta de responder, com a imposição de pena, uma infração específica realizada por um sujeito individualizado [...]*"[618], ao que o autor alcunha "necessidade de

---

[614] "[...] Hay muchas razones para entender que el legislador actual, aunque goza de legitimidad democrática, no puede incriminar algo sólo porque no le guste (...) lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos se lleven a un equilibrio que le garantice al individuo tanta protección como sea necesaria, pero también tanta libertad individual como sea posible [...]". ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007, pp. 443 e 447. Tradução do autor.

[615] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, pp. 219-226.

[616] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, p. 226.

[617] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, p. 226.

[618] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, pp. 270-271.

pena". Deste modo, será delito criminal, materialmente entendido, "*[...] o fato merecedor (antijuridicidade) e necessitado (culpabilidade) de pena [...]*"[619].

A leitura transversal que o conceito sugerido acarreta passa a investigação, necessariamente, ao próximo subitem, ao destacar no conceito material de delito a relevância que a pena, sua modalidade e finalidade, tem.

3.3.3. Ancoragem em razão do tipo de pena prevista e da finalidade buscada com a sanção

A pena é um aspecto fundamental para que se possa estipular os pontos de ancoragem do modelo intermediário da improbidade administrativa, critério ressaltado nas decisões judiciais trazidas no subitem 3.2.1. e consentâneo com o conceito material de delito sugerido no subitem anterior. Dois são os aspectos que devem ser observados ao tratar de pena: as modalidades impostas pela legislação, perquirindo se são tipicamente criminais ou, ao menos, se acarretam o mesmo grau de aflição daquelas, e as finalidades buscadas quando se as aplica.

Falar de finalidades da pena impõe um giro na pergunta tradicional que informa o direito sancionatório. Se geralmente a questão que subjaz ao estudo é "porque punir?", há que se dar um salto adiante para compreender "para que se pune?". Enquanto no primeiro questionamento busca-se compreender as razões pelas quais um determinado comportamento é ilícito, no segundo tenta-se apontar os motivos que levam a fazer incidir, sobre quem o comete, determinadas consequências jurídicas.

Neste subitem, portanto, duas são as abordagens simultaneamente dadas ao tema. Parte-se da análise das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, na tentativa de cotejá-las com as respostas tradicionalmente vinculadas ao comportamento que viola preceitos do Direito Penal e do Direito Civil, apreciando quais as finalidades que se busca com tais sanções, igualmente confrontando-as com aquelas perseguidas nos dois paradigmas tomados.

Não se pretende, aqui, tentar mensurar o grau de aflitividade que cada pena acarreta. Tal tarefa, além de impossível, seria pouco útil para as finalidades do trabalho. Ainda que se tenha por dogma que a privação da liberdade é a mais grave sanção que pode ser prevista no

[619] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, p. 273.

ordenamento jurídico, a percepção de sua gravidade, em concreto, será sempre subjetiva. Não se pode afastar a hipótese de alguém preferir permanecer com seus recursos, por exemplo, em troca de alguns meses de encarceramento, ainda mais se oferecido um regime prisional mais tolerável[620]. Em verdade, não são propriamente quantificáveis as penas, razão pela qual a proposta passa por contrastar as penas previstas para as improbidades administrativas com as sanções tradicionalmente veiculadas pelo Direito Penal e pelo Direito Civil[621].

Dando início à investigação, necessário averiguar o ponto de onde se parte, as sanções previstas para o cometimento das improbidades administrativas. Estão elas dispostas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92: perda dos bens ou valores acrescidos ilegalmente ao patrimônio do acusado; ressarcimento integral dos danos causados; perda da função pública; suspensão de direitos políticos; pagamento de multa civil 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[622].

Ainda que sem previsão expressa na própria Lei nº 8.429/92, não se pode deixar de lado outra consequência, de caráter inegavelmente sancionatório, que pode advir da condenação por improbidade administrativa; a inelegibilidade por oito anos, desde a condenação em segunda instância, nos termos da Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/10[623].

---

[620] Curiosa neste ponto, ainda que dela se discorde, é a tese levantada por Peter Moskos, segundo a qual boa parte das pessoas preferiria receber uma quantidade pequena de chibatadas ao invés sofrer a privação de liberdade por um tempo mais alto. MOSKOS, Peter. **In Defense of Flogging**. New York: Basic Books, 2011, pp. 1-6.

[621] "[...] Por una parte, podemos preguntarnos si el juicio sobre la gravedad de esta o aquella sanción se puede y se debe hacer desde patrones objetivos o si, por contra, debe tomarse en consideración total o parcial el sentimiento subjetivo del ciudadano sancionado o de los ciudadanos en su conjunto. ¿Qué nos resultaría a usted o a mí más aflictivo y doloroso, que nos encerraran en una cárcel un mes, que nos multaran con veinte mil euros, que nos separaran definitivamente de nuestro cargo de funcionarios o que se publicara nuestro nombre dentro de una lista de los que han cometido ciertas infracciones contra la salud o la seguridad de los consumidores? Por otra parte, y si nos vamos al intento de hacer clasificaciones objetivas, nos damos de bruces con las incongruencias que traen de cabeza a los que ponen la diferencia entre penas y sanciones administrativas en la gravedad: no sólo tenemos el dato de la difícil conmensurabilidad, sino el de que, aun dentro de la misma categoría de sanciones, las hay administrativas que son más altas que las penales; por ejemplo, caben sanciones administrativas de multa más elevadas que penas de multa [...]". GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. *Documentación Administrativa*, N. 280-281, janeiro-agosto 2008, p. 24 (pp. 11-42).

[622] BRASIL. Lei nº 8.429/92.

[623] "[...] Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; [...]". BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências). Brasília,

Não se descura que a maioria do Supremo Tribunal Federal firmou posição em sentido contrário, quando do julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578. Conforme constou do voto do relator, Ministro LUIZ FUX, a inelegibilidade "*[...] trata-se, tão-somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com bis in idem [...]*"[624]. Sob esta leitura, a diferença entre *ius sufragii* – o direito político de participar da vida pública, votando e sendo votado – e *ius honorum* – o direito apenas de ser votado -, acarretaria reconhecer a possibilidade de que uma restrição ao segundo não representa a aplicação de uma sanção, mas mero atendimento da regra constitucional que busca prezar pela moralidade no exercício dos mandatos eletivos[625]. Tal raciocínio foi secundado pelo Ministro JOAQUIM BARBSA [626], pela Ministra ROSA WEBER [627] e pela Ministra CARMEN LÚCIA [628], dentre outros, perfazendo a maioria necessária a declarar constitucional a então novel legislação.

Nada obstante este fato e coerente com a lógica que informa a compreensão dos fenômenos jurídicos neste trabalho - de que seus rótulos quando muito indicam seu conteúdo, sem determiná-los -, firma-se posição no sentido de que a inelegibilidade constitui inegável sanção[629]. Mais do que isso, constitui sanção grave, vez que o direito de ser votado,

---

18.05.1990. Referida norma tem a redação dada pela Lei Complementar nº 135/10, alcunhada de "Lei da Ficha Limpa", que dentre outras mudanças fez incidir a inelegibilidade desde a decisão colegiada, não mais depois do trânsito em julgado, como na redação original. BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato). Brasília, 04.06.2010.

[624] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, do Tribunal Pleno, relator Min. Luiz Fux, julgadas em 16.02.2012, publicados em 29.06.2012, p. 19.

[625] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, p. 35.

[626] "[...] Inicialmente, relembro a conhecida afirmação de que 'inelegibilidade não é pena', ou seja, de que as hipóteses que tornam o indivíduo inelegível não são punições engendradas por um regime totalitário, mas sim distinções, baseadas em critérios objetivos, que traduzem a repulsa de toda a sociedade a certos comportamentos bastante comuns no mundo da política [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, p. 59.

[627] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, p. 152.

[628] "[...] Por isso considerei, em todos os casos de que participei como juíza, que o argumento central contrário à norma partiria, a meu ver e com todas as vênias, de uma premissa que não é à que dou adesão, no sentido de que a incidência dessa inelegibilidade importaria em apenação da pessoa, ou seja, suspensão de direito ou restrição a direitos [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, p. 188.

[629] Em sentido similar, mas analisando a inelegibilidade decorrente da condenação criminal, tem-se o trabalho de OCTÁVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI, que diz: "[...] considerando a centralidade da representação

conquanto menos amplo do que o direito de sufrágio, insere-se igualmente dentro do Título II da Constituição Federal, intitulado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", em seu Capítulo IV – "Dos Direitos Políticos"[630]. Tão grave a sanção que sua incidência fica restrita a casos limitados, que não o de condenação por improbidade administrativa, conforme expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, inserida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678/92[631] [632].

Naturalmente que nem toda inelegibilidade configura sanção, necessário esclarecer. Há aquelas que se voltam exclusivamente a evitar que um mesmo grupo familiar se eternize no poder, como as que vedam a reeleição para um terceiro mandato ou a sucessão de membros enlaçados por sangue ou afinidade, e as que restringem a participação de pessoas que ocupam determinados cargos ou funções, se não desincompatibilizados em tempo hábil; apenas para citar alguns exemplos. Não é disso que se trata, por óbvio, quando a consequência jurídica da inelegibilidade é atrelada à prática de um ato ilícito, antijurídico e culpável. Uma sanção segue sendo sanção, ainda que se lhe chame de "novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo"; como lembra Julieta, pedindo que seu Romeu renegue o sobrenome Montéquio, já que "*[...] o que chamamos de rosa, teria o mesmo cheiro com outro nome [...]*"[633].

Como afirmado em outra oportunidade, "*[...] a compreensão externada pela maioria do STF olvida que o direito de ser votado, chamado de jus honorum ou direito político*

---

política para o poder soberano popular, a inelegibilidade por condenação criminal tem o reflexo prático de regular o direito de acesso ao poder político, direito vocacionado a ser ampliativo, mas não absoluto, em uma sociedade democrática e plural, que tem a participação política e a elegibilidade como regras. (...) A disciplina da participação política se dá, considerando a inelegibilidade por condenação criminal, por meio de instrumentos próprios do Direito Penal, fazendo com que a inelegibilidade carregue em sua essência os simbolismos do sistema repressivo penal e as finalidades da sanção criminal. Com isso, indissoluvelmente, a inelegibilidade por condenação criminal deve guardar as garantias do sistema penal [...]". ORZARI, Octávio Augusto da Silva. **A inelegibilidade como consequência do delito**. 2016. 310 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 272.

[630] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 14.

[631] "[...] Artigo 23. Direitos políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal [...]". BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969). Brasília, 09.11.1992.

[632] Para uma abordagem crítica à Lei Complementar nº 135/10, sob a óptica do Pacto de São José da Costa Rica, ver: FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**: direitos políticos e inelegibilidade. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

[633] SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. Tradução de Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 45.

passivo, compõe o arcabouço dos direitos e garantias fundamentais [...]". Assim, "*[...] na medida em que o regramento relativo às inelegibilidades quer apresentar hipóteses derivadas de delitos [...]*" é forçoso que "*[...] sejam observadas as peculiaridades do sistema criminal, seus valores e as opções políticas que dele fazem parte no Estado Democrático de Direito [...]*"[634].

Somente se pode compreender a decisão desde uma lógica moralizante[635] que tem informado a atuação da Corte nos últimos anos, remetendo o juízo político que se faz a um jogo de ponderação de princípios no qual invariavelmente sai perdendo o Estado de Direito[636]. O que se buscou, foi a "*[...] higienização moral da política [...]*"[637], missão à qual não deveria se vocacionar o Supremo Tribunal Federal, ante a evidente falta de mandato constitucional para tanto[638]. Justificada a questão, as consequências decorrentes de condenação por improbidade administrativa podem ser divididas em quatro blocos, a saber:

a) a restituição de valores (ressarcimento e perda de bens acrescidos ao patrimônio);

---

[634] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; NEISSER, Fernando Gaspar. Lei da Ficha Limpa e Direito Penal: a corrosão dos princípios da legalidade e da presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*, A. 20, N. 233, 2012, pp. 3-4.

[635] GONÇALVES, Luís Cláudio Aguiar; FONSECA-SILVA, Maria da Conceição. Hermenêutica e efeitos-sentido: a Lei da "Ficha Limpa" em face da Presunção de Inocência. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, V. 8, N. 3, 2016, pp. 353-365.

[636] "[...] Pero no sólo los partidos políticos dominantes y sus cortes de cobistas y arribistas tienen responsabilidad por esa vertiginosa evaporación de los fundamentos que dan su sentido último al principio de legalidad, especialmente de legalidad sancionadora. También tienen su parte la doctrina y los jueces, que forman el que podríamos llamar complejo académico-judicial, por analogía con lo que en Estados Unidos en tiempos se llamó el complejo militar-industrial. Dos constructos teóricos constituyen su mejor herramienta disolvente de la legalidad y de la propia Constitución y su sentido último: principios jurídicos y ponderación. No es que por sí estas categorías sean inconvenientes o que no quepa un uso teórico y práctico razonable y útil de las mismas. Es que de ellas se está haciendo una utilización perversa y provechosa sólo para (los detentadores de) los poderes del Estado y en detrimento de los derechos constitucionales de los ciudadanos, por mucho que, como toda tiranía siempre ha hecho, se venda tal enjuague como supremo esfuerzo para realizar la justicia y llevar a sus más altas cotas tales derechos [...]". GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. Cit., pp. 25-26.

[637] STRAPAZZON, Carlos Luiz. Presunção de não culpabilidade em matéria político eleitoral: evolução jurisprudencial do STF e valores constitucionais atuais. *RBDE: Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, V. 2, N. 2, 2010, p. 13.

[638] Nesta linha entendeu recente editorial do jornal O Estado de S. Paulo, quando afirmou que "[...] o ministro Luiz Fux argumentou que os candidatos eventualmente barrados não estão a sofrer sanção penal, e sim, simplesmente, não cumprem os critérios de elegibilidade – que, segundo seu entendimento, podem ser retroativos à lei que os criou. Para tentar minorar os efeitos de tão estapafúrdio entendimento, o ministro Ricardo Lewandowski propôs que a aplicação da norma fosse válida somente para a análise do registro de candidaturas para a eleição deste ano [...]". Mais adiante, expondo a crítica, deixou claro que "[...]se o julgamento anterior incorreu em erro de interpretação e aviltou a Constituição, como está claro, seria imperativo voltar atrás e desfazer aquele equívoco. Mas o Supremo preferiu manter sua decisão, ignorando uma proteção básica do cidadão contra o arbítrio das autoridades [...]". Em conclusão, em linha com a qual se concorda, "[...] somente uma exotérica hermenêutica, calçada no desejo febril de acabar com a corrupção na política e que não encontra respaldo nem na própria Lei da Ficha Limpa, explica a naturalidade com que o Supremo relativizou um direito fundamental [...]". O SUPREMO erra de novo. Estado de S. Paulo, São Paulo, 05.03.2018, Editorial, disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-supremo-erra-de-novo,70002213516>. Acesso em 05.03.2018.

b) a sanção pecuniária não-restituitória (multa civil);

c) a restrição de direitos de contratar e exercer uma atividade profissional (perda de cargo comissionado ou efetivo e de função comissionada e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) e

d) a restrição de direitos fundamentais (perda de mandato eletivo, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade).

O passo seguinte, consentâneo com as premissas assumidas no início deste subitem, é averiguar quais consequências jurídicas são comumente atreladas a cada campo – Direito Penal e Direito Civil -, de maneira a apurar, com vistas às modalidades de sanções, donde melhor fincar esta âncora.

KELSEN entende que "*[...] a diferença entre Direito Civil e Penal é uma diferença no caráter das suas respectivas sanções [...]*". Enquanto a sanção penal é um castigo, no âmbito civil ela assume a forma "*[...] da execução forçada ou privação coativa da propriedade, com o propósito de estabelecer uma reparação [...]*"[639]. De um lado, portanto, tem-se um castigo, uma reprimenda que se faz publicamente e cuja característica principal é constituir um mal. De outro, a reparação, o ressarcimento por um dano ocasionado.

É bem verdade que a pena paradigmática do Direito Penal, a privação da liberdade, segue sendo "*[...] a estrela maior do espetáculo criminal [...]*", especialmente quando se verifica o "*[...] acréscimo significativo no número de pessoas encarceradas [...]*"[640]_[641]. Tal condição, contudo, não faz da prisão a única forma de castigo, muito menos a única de que

---

[639] "[...] "Originariamente sólo había una especie de sanción: la penal, esto es, el castigo – en el sentido estricto de la palabra – en relación con la vida, la salud, la libertad o la propiedad. El derecho más antiguo era exclusivamente penal. Más tarde se hizo un distingo por lo que toca a la sanción: además del castigo apareció una sanción civil específica, la ejecución forzada o privación coactiva de la propiedad con el propósito de establecer una reparación, es decir, una compensación por los daños causados ilegalmente. Entonces se desarrolló el derecho civil al lado del penal. Pero el civil, regulador de la vida económica, garantiza en ese campo la conducta deseada de manera que no difiere esencialmente de aquella en la cual el criminal lo hace dentro de su propia esfera, a saber: estableciendo para el caso de una conducta contraria una medida coercitiva específica, es decir, la sanción civil. La diferencia entre el derecho civil y el penal es una diferencia en el carácter de sus respectivas sanciones [...]". KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**, p. 58.

[640] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, p. 256.

[641] Os dados mais recentes do Ministério da Justiça, consolidados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, com informações até junho de 2016, demonstra que havia 726.712 pessoas encarceradas no Brasil. Em 1990 este número era de aproximadamente 90.000, passando a 232.800 em 2000, 496.300 em 2010. Entre 1990 e 2016 houve um acréscimo da ordem de 707% nesta triste estatística. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização – junho de 2016. Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 04.03.2018.

se vale o Direito Penal. Como textualmente define o Código Penal, são penas: a privação de liberdade, a restrição de direitos e a multa[642]. A restrição de direitos, por sua vez, pode ter caráter econômico, implicar em limitações pontuais no direito de ir e vir, consistir na prestação de serviços à comunidade ou acarretar a interdição temporária no exercício de direitos[643].

A interdição temporária de direitos, tema com direta relação com o objeto do estudo, pode se dar, dentre outras formas, pela "*[...] proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo [...]*" e pela "*[...] proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público [...]*"[644]. Por fim, também decorre da imposição de pena criminal, como efeito da condenação em alguns casos, "*[...] a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo [...]*"[645].

No que toca à parte patrimonial, a condenação criminal tem como efeitos genéricos "*[...] tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime [...]*" e a perda, em favor do Poder Público, de tudo quanto tenha representado acréscimo patrimonial ao agente em decorrência do crime[646]. Como efeitos genéricos, diferentemente dos específicos, aplicam-se a todos os casos, sem necessidade de determinação expressa na sentença[647].

Por fim, em razão de expressa disposição constitucional, ficam suspensos os direitos políticos do condenado, em razão de "*[...] condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos [...]*"[648], bem como, nos termos da Lei Complementar nº 64/90, assim como ocorre com a improbidade administrativa, tem-se o reconhecimento de

---

[642] "[...] Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa [...]". BRASIL. **Código Penal**.

[643] "[...] Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana [...]". BRASIL. **Código Penal**.

[644] BRASIL. **Código Penal**, Art. 47, I e II.

[645] BRASIL. **Código Penal**, Art. 92, I, "a" e "b".

[646] "[...] Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso [...]". BRASIL. **Código Penal**.

[647] "[...] nota-se que a obrigação de indenizar é decorrente, portanto, de obrigação legal, tratando-se de um efeito genérico da sentença e, diferentemente dos efeitos específicos previstos no art. 92 de Código Penal, não haverá necessidade que seja declarada na sentença condenatória, porque decorre a própria lei, responsabilizando o agente a responder civilmente por sua conduta danosa [...]". RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. **Eficácia da sentença penal absolutória e condenatória no juízo cível**. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1053/1%20R%20MP%20Eficacia%20-%20Vinicius.pdf?sequence=1>. Acesso em 05.03.2018.

[648] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Art. 15, III.

inelegibilidade desde a decisão colegiada, em caso de condenação por determinados crimes[649].

Expostas as sanções próprias do Direito Penal no ordenamento brasileiro, cumpre averiguar como o Direito Civil trata a questão, no que pertine aos atos ilícitos.

Conforme exposto no item 2.6., a regra geral em relação ao cometimento de delito civil é a determinação de reparação dos danos[650]. Ainda que nos casos em que se discute o inadimplemento de obrigação – situação diversa da causação de dano por ato ilícito - acresça-se ao valor efetivamente perdido aquilo que o credor deixou de lucrar, nem mesmo nesta hipótese admite-se um acréscimo além do estritamente apurado se o devedor tiver agido com dolo[651]. Como se nota, um acréscimo na reprovabilidade da conduta, no âmbito do Direito Civil, não implica em um aumento da sanção aplicada. O intuito é mesmo exclusivamente ressarcitório.

Quando se fala em multa no Direito Civil, por outro lado, o tema restringe-se exclusivamente àquelas estipuladas em contratos, pela livre vontade das partes[652]. De outro lado, são estritamente vinculadas à efetividade do processo as multas estatuídas no Código de Processo Civil[653], garantindo que as partes cumpram seus deveres perante o juízo e prezando pelo tratamento digno à Justiça[654], sancionando o litigante de má-fé, entendida em

---

[649] "[...] Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando [...]". BRASIL. Lei Complementar nº 64/90.

[650] "[...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [...]". BRASIL. **Código Civil**.

[651] "[...] Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual [...]". BRASIL. **Código Civil**.

[652] Como na locação de coisas (art. 571), no contrato de transporte de pessoas (art. 740, § 3º), nas regras de condomínios edilícios (art. 1.336, § 1º e 2º, art. 1.337 e seu parágrafo único, art. 1.345, art. 1.348, VII e nas regras relativas ao dever de informação dos estabelecimentos públicos e privados sobre os filhos, aos genitores (art. 1.584, § 6º). BRASIL. **Código Civil**.

[653] Sobre o tema, ainda que no contexto do Código de 1973, ver: OLIVEIRA, Evandro Carlos de. **Multa no Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

[654] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 16.03.2015, art. 77, IV, VI e § 2º; art. 234, § 2º; art. 334, § 8º; art. 468, § 1º; art. 774, parágrafo único; art. 896, § 2º; art. 906, § 3º.

sentido amplo[655], compelindo as partes a cumprirem as determinações proferidas em tutela ou em decisão final[656] ou obrigando a colaboração do terceiro no processo[657].

Neste ponto já é possível demonstrar a notória correspondência das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 com aquelas que são próprias, no Brasil, ao Direito Penal, bem como seu distanciamento da prática vista no Direito Civil. Se não se pode dizer que todas as sanções criminais encontram paralelo no caso das improbidades administrativas, em razão da ausência de previsão da pena privativa de liberdade, em sentido contrário há plena correlação: determinação do ressarcimento dos danos, perda de bens objeto do ilícito, multa, proibição de exercer direitos, perda de cargo ou mandato, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade – todas as sanções vinculadas às improbidades administrativas – podem ser aplicadas em uma ação penal.

Das consequências jurídicas da condenação aqui expostas, a única que é própria do Direito Civil e que o Direito Penal a ela faz apenas alusão é o ressarcimento dos danos causados. Trata-se aqui como consequência jurídica, não pena, tendo em vista a qualificação dada pela doutrina majoritária[658]_[659]. Tal raciocínio não impede, contudo, que se possa ler o ressarcimento em um contexto amplo de sanção civil, como já exposto.

---

[655] BRASIL. **Código de Processo Civil**, art. 81, art. 202, art. 258; art. 702, §§ 10 e 11; art. 968, II; art. 1.021, § 4º; art. 1.026, §§ 2º e 3º.

[656] BRASIL. **Código de Processo Civil**, art. 311, III; art. 500; art. 523, § 1º; art. 526, § 2º; art. 536, § 1º; art. 537; art. 625; art. 806, § 1º; art. 814; art. 895, § 4º; art. 916, § 5º, II.

[657] BRASIL. **Código de Processo Civil**, art. 380, parágrafo único e art. 403, parágrafo único.

[658] "[...] excepciona-se, apenas, da incidência da prescrição a ação de ressarcimento do dano ao erário oriundo do ilícito, ex vi do art. 37, § 5º, da Lei Fundamental, mas nesse caso não se trata de punir o autor ímprobo, e sim de reverter as consequências do ato no resguardo do patrimônio público. Ressarcimento não é pena [...]". MEDEIROS, Sérgio Monteiro. Prescrição da ação de Improbidade contra militar. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, V. 10, N. 36, Edição Especial, 2011, p. 359 (pp. 347-376). A compreensão do ressarcimento como mera consequência jurídica, sem caráter punitivo, sustenta o entendimento de que, mesmo superado o prazo de prescrição para o ajuizamento de ações de improbidade administrativa, segue possível manejar a demanda com o intuito de obter o ressarcimento, ante a regra constitucional do artigo 37, § 5º, que supostamente afirmaria a imprescritibilidade da cobrança dos danos causados ao erário por ato ilícito não-civil. Em relação aos danos causados por ilícito exclusivamente civil, o Supremo Tribunal Federal decidiu, com repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, em 03.02.2016, que não se aplica a imprescritibilidade constitucional. Conforme destacado pelo Ministro Teori Zavascki na oportunidade, a decisão excetuou os casos de improbidade administrativa, já que "[...] se fosse nesse amplíssimo sentido o conceito de ilícito anunciado no § 5º do art. 37 da CF, estaria sob a proteção da imprescritibilidade toda e qualquer ação ressarcitória movida pelo Erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que sequer decorrem de dolo ou culpa [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669.069, do Tribunal Pleno, relator Min. Teori Zavascki, julgado em 03.02.2016, publicado em 28.04.2016. De outro lado, aguarda-se o início do julgamento do Recuso Extraordinário nº 852.475, relatado pelo Min. Alexandre de Moraes, com repercussão geral igualmente reconhecida, no qual se debaterá o prazo prescricional específico para a busca por ressarcimento dos danos causados por ato de improbidade administrativa.

[659] "[...] la indemnización de perjuicios no constituye un mal, sino una compensación a la víctima por el perjuicio que se le ha ocasionado y, en ese sentido, no constituye más que un modo de distribución del daño ocasionado. En ello difiere esencialmente de la pena. De ahí que la responsabilidad civil cumpla, conforme con

Merece atenção, como conclusão deste exercício de comparação, a pena de multa. Seria possível afirmar que, mesmo também sendo vista no Direito Penal, sua natureza é eminentemente civil. Diferentemente do ressarcimento, seria pena em sentido próprio, mas civil. No Direito Penal, de outro lado, apareceria como pena secundária, a acompanhar a privação de liberdade.

Quanto a este argumento, três observações devem ser feitas. A primeira, decorrente de mera observação do direito posto, aponta que nem sempre a pena privativa de liberdade é prevista, mesmo em tese, nos tipos penais. Ainda que se possa criticar – como de fato merece crítica – o uso da carga simbólica do Direito Penal para ilícitos que não parecem ostentar dignidade penal suficiente, essa é a realidade em alguns casos[660].

Em segundo lugar, é preciso reconhecer que há diferença marcante com relação ao destinatário da multa. Enquanto no Direito Civil – bem como as multas previstas no Código de Processo Civil – reverte-se os valores arrecadados à parte, quando se analisa o regime da multa criminal, vê-se seu encaminhamento ao Estado[661]_[662]. Mesma lógica de destinação se tem com a multa civil aplicada com fundamento na Lei nº 8.429/92 que, ao invés de ser

---

la doctrina tradicional, una función de reparación, en tanto persigue restablecer la posición del sujeto afectado por el daño o ponerlo en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a la comisión del hecho ilícito; y no puede atribuírsele una de prevención de conductas desvaloradas [...]". KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Hacia un sistema unitario de responsabilidades y deberes de responder**, p. 85.

[660] A prática é corriqueira na tipificação dos crimes eleitorais. Exemplo grosseiro da banalização com que se utiliza o Direito Penal é o crime disposto no artigo 306 do Código Eleitoral: "[...] não observar a ordem em que os eleitores devem ser chamados a votar [...]". A pena prevista é de pagamento de 15 a 30 dias-multa, sem privação de liberdade. Para Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, "[...] é a famosa criminalização da 'furada de fila', exemplo perfeito da vulgarização do uso do Direito Penal [...]". GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. 2ª Ed. Atlas, São Paulo, 2015, p. 59. Enquanto na leitura de Rodrigo Lopes Zílio: "[...] não ostenta gravidade mínima apta a afetar quaisquer dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Eleitoral [...]". ZILIO, Rodrigo López. **Crimes Eleitorais**. JusPodivm, Salvador, 2014, p. 121.

[661] Quando se trata de crimes federais, as multas são destinadas ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, a teor do artigo 2º, V, da Lei Complementar nº 79/94. BRASIL. Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994 (Cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e dá outras providências). Brasília, 07.01.1994. Os estados, por outro lado, podem criar seus respectivos fundos, a fim de destinar a arrecadação das multas aplicadas nas ações penais.

[662] Como lembra María Soledad Krause Muñoz, a alteração da destinação do valor arrecadado com as punições foi um dos pontos na cisão entre delitos privados e delitos públicos. Cita-se, neste ponto, a versão publicada em livro da tese da autora, na medida em que este trecho não consta do trabalho original apresentado. "[...] La figura de los delitos privados desapareció en la Baja Edad Media con la sucesiva aceptación de que las multas deben ceder a favor de quien administra justicia –la administración de justicia como poder del soberano-, la consolidación del Estado central y del procedimiento penal público. La noción de infracción se consolidó junto con el Estado como la ruptura del sistema, y la lesión del orden establecido. El principal afectado con la infracción era el poder reinante, que encontró en ella su legitimación y la forma de asegurar su permanencia. De esta idea nació una pretensión del Estado frente al delito que es independiente de la del sujeto directamente afectado por el hecho [...]". KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Responsabilidad**: lo unitario en los sistemas civil y penal. Santiago: Thomson Reuters – La Ley, 2015, pp. 74-75.

encaminhada ao ente público lesado, é recolhida a fundo específico, ao menos de acordo com o entendimento majoritário[663].

Em terceiro lugar, quando se fala apenas em multa, passa-se a ideia de uma importunação menor, um mero desfalque patrimonial que, ao referir-se a uma questão pecuniária, pode ser lido como causador de um grau de aflitividade baixo. Contudo, há multas e multas, sendo plenamente possível vislumbrar, em decorrência de sua magnitude, que algumas assumam caráter punitivo, a exacerbar os limites com os quais são compreendidas no Direito Civil.

Esta linha de raciocínio fundamentou, inclusive, longo debate em países da tradição jurídica da *Common Law*, em razão do instituto, próprio daquele sistema, dos danos punitivos. Tomando por base a definição dada em documento do Ministério Público da União, tem-se que

> A multa civil não se confunde com a reparação de perdas e danos, pois esta visa apenas recompor o prejuízo da vítima, enquanto a multa representa um adicional em relação ao próprio objeto do contrato, para desencorajar o seu descumprimento.
>
> Os norte-americanos distinguem ambos os institutos, denominando a indenização por perdas e danos como *compensatory damages* (indenização compensatória) e a multa civil como *exemplary damages* ou *punitive damages*[664], ou seja, indenização exemplar ou punitiva. Esta é devida quando o ato for grave, atentatório a relevantes bens jurídicos ou o devedor tiver agido dolosamente, podendo alcançar montante muitas vezes superior ao das perdas e danos[665].

---

[663] Apesar da não haver previsão expressa neste sentido, no Decreto nº 1.306/94, que regulamenta o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, de que trata os artigos 13 e 20 da Lei nº 7.347/85, a ele se destinam as condenações em multa civil decorrentes de improbidades administrativas julgadas pela Justiça Federal. Solução equivalente é dada por alguns estados, como dá conta o Informativo nº 1/2013/CAOP PPA/MPRO do Ministério Público do Estado de Rondônia. Disponível em: <https://www.mpro.mp.br/documents/29174/126253/1.+INFORMATIVO+n%C2%BA%201-2013_Multa+Civil_Recolhimento+ao+Fundo+de+Defesa+de+Direitos+Difusos.pdf/f0b34ccd-ab2d-485c-9734-f8e806e78358;jsessionid=9DD0CE0BEFE913AD4D118D6C60202619.node01?version=1.0>. Acesso em 05.03.2018. A falta de clareza no tema também se vê na doutrina. José dos Santos Carvalho, por exemplo, entende que "[...] o produto da multa civil deve ser destinado à pessoa jurídica que sofreu a lesão patrimonial [...]". CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 901.

[664] *Punitive damages* também são alcunhados *exemplary damages* ou *aggravated damages*. SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 386 f. Disertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 24.

[665] BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Cem Perguntas e Resposta sobre Improbidade Administrativa**: Incidência e Aplicação da Lei nº 8.429/1992. 2ª Ed. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2013, p. 118. Sobre os danos punitivos, com maior profundidade e abordando os diversos aspectos do instituto,

Conforme leciona GÓMEZ TOMILLO, geralmente os danos punitivos aplicam-se em situações nos quais o fato ocorrido constitui, além de um ilícito civil, também um delito criminal. Sua intensa reprovabilidade pela sociedade justifica a imposição e uma multa que extrapola em muito o valor do dano causado. Deste modo, a finalidade perseguida, ao invés de ater-se à mera reparação ou compensação, tem caráter retributivo e preventivo, "*[...] tendo em conta tanto a prevenção especial como a geral [...]*"[666]. Exatamente por esta exigência de alta reprovabilidade é que os danos punitivos são reservados a casos nos quais o dano decorre não de mera negligência, mas de um estado mental de seu causador que transforma "*[...] a conduta de compreensível para intolerável [...]*". Assim, apenas se justifica a imposição dos danos extraordinários, naqueles países que acolhem o instituto, quando a percepção do risco de dano ou o desejo de persegui-lo são claros na ação de quem o ocasiona, a denotar novamente o caráter sancionatório da solução e as finalidades de prevenção geral e especial buscadas[667].

---

sugere-se a leitura de KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive Damages**: common law and civil law perspectives. New York: Springer, 2009, MEURKENS, Lotte; NORDIN, Emily (Ed.). **The Power of Punitive Damages**: is Europe missing out? Cambridge: Intersentia, 2012, SUNSTEIN, Cass R. et al. **Punitive Damages**: How Juries Decide. Chicago: University of Chicago Press, 2008, ÁNGEL YÁGÜEZ, Miguel de. **Daños punitivos**. Madri: Thomson Civitas, 2012, DAL PIZZOL, Ricardo. **As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil**. 2016. 353 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016 e GERMANO, Geandrei Stefanelli. **Punitive Damages nas relações de consumo**. 2011. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

666 "[...] "Por una parte, múltiples supuestos en los que se autoriza la imposición de daños punitivos son constitutivos simultáneamente de delito, con el importante matiz de que, de hecho, no se persiguen como tales, por lo que se ha dicho que los punitive damages sustituyen al propio Derecho penal. Por otra, en determinados Estados, lo obtenido por el demandante se debe compartir con el propio Estado. Finalmente, la cuestión de la naturaleza de los daños punitivos se encuentra íntimamente conectada con la finalidad que desarrollan. Aun cuando, como todo, es discutible, de ellos se predica muy mayoritariamente tanto una finalidad retributiva, como preventiva y dentro de esta última se tiene en cuenta tanto la prevención especial como la general [...]". GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios. In: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.); JAVATO MARTÍN, Antonio; TAPIA BALLESTEROS, Patricia (Coord.). **Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado**: Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas. Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 26-28. Tradução do autor.

667 "[...] Although tort law has been the traditional arena for punitive damage awards, not every tort gives rise to punitive damages. Simple negligence, for example, is not a sufficient basis for imposing punitive damages. Courts rightfully have regarded the availability of compensatory damages as a sufficient deterrent to negligence, if indeed negligence can be deterred at all. More to the point, however, is the notion that negligent conduct is not culpable enough to justify the stern sanction of civil punishment. The simple fact that negligent acts are committed regularly is significant; an extraordinary sanction should not be imposed on ordinary conduct. Rather, the sanction of punitive damages is, and should be, reserved for conduct that exceeds the bounds of normal fumbling. The defendant's state of mind is what transforms conduct from the understandable to the intolerable. When the defendant actively has desired to bring about harm to another, or when he or she has callously threatened harm to the rights of others, that conduct is not merely unreasonable, it is abhorrent. The closer a defendant's state of mind comes to a subjective perception of the risk of harm to another, the more likely it becomes that punitive damages will be awarded. Accordingly, simple negligence is not subject to punitive damages, but conduct variously termed 'gross negligence', 'willful and wanton misconduct', or 'reckless disregard for the safety of others' frequently is [...]". MALLOR, Jane; ROBERTS, Barry. Punitive

Para alguns autores da tradição jurídica da *Civil Law*, a importação sem maior reflexão dos danos punitivos traz, como maior obstáculo, exatamente este conflito. De um lado, tem-se a tradicional busca por reparação, que caracteriza a responsabilidade civil nos países influenciados pelo direito continental, enquanto de outro sustenta-se a persecução de finalidades sancionatórias, ao largo do sistema de garantias próprio do Direito Penal[668].

O indiscutível conflito apontado é objeto de crítica também em países da tradição da *Common Law*, berço do instituto. Segundo ALAN CALNAN, apenas a inação dos órgãos responsáveis por apurar os crimes e buscar judicialmente o sancionamento de seus autores, ao longo dos séculos XVI a XVIII, justificou que se criasse um verdadeiro atalho institucional. Permitia-se à vítima recorrer ao juízo civil em busca não apenas de ressarcimento, mas de uma punição a quem lhe causou o dano, na medida em que, ao menos nos Estados Unidos daquela época, tal solução representava praticamente a única forma de controle social. Para o autor, a especialização das agências de persecução da criminalidade e a profissionalização do Poder Judiciário tornaram os danos punitivos não apenas desnecessários, mas inapropriados. Recorre, assim, à expressão utilizada certa feita pela Suprema Corte de New Hampshire, segundo o qual os danos punitivos são uma "*[...] heresia monstruosa (...), uma excrescência desagradável e doentia, deformando a simetria do corpo da lei [...]*"[669].

Damages: Toward a Principled Approach. *Hastings Law Journal*, V. 50, 1998-1999, p. 981 (pp. 969-999). Tradução do autor.

[668] "[...] Existe 'intrusismo' en la medida en que se incorporan figuras extranjeras dotadas de un carácter originariamente civil, al menos en sus lugares de nacimiento (punitive damages), en el marco de nuestro sistema de responsabilidad civil, y que por definición tienen asignadas, sin embargo, funciones típicamente punitivas. Al mismo tiempo, se aprecia un peligroso 'confusionismo' que desnaturaliza y desdibuja las fronteras de instituciones otrora penales (el comiso), pero que hoy se mueven en el limbo [...]". PABLO SERRANO, Alejandro de. La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil. In: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.); JAVATO MARTÍN, Antonio; TAPIA BALLESTEROS, Patricia (Coord.). **Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado**: Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas. Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 104-105.

[669] "[...] If punitive damages are designed to punish and deter conduct that is socially undesirable regardless of its consequences, then why are they not imposed as a criminal sanction at the instigation of the state which typically protects the public interest? And if they are meant only as penalties for bad behavior, and have no role in redressing actual losses sustained by victims, then why should those otherwise compensated for their injuries receive the windfall payment of this fine? Unable to answer these questions, the Supreme Court of New Hampshire once proclaimed that punitive damages are both a 'monstrous heresy' and 'an unsightly and unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law' (...) In colonial America, punitive damages were more than just a supplemental remedy for civil litigants. They were one of the few available instruments of social control. Criminal justice systems from Although untrained constables and nightwatchmen recovered lost children and provided shelter for the homeless, they attempted neither to detect crime nor to deter it. In fact, police agencies, as we have come to know them, simply did not exist. While chaos reigned in the streets, ineptitude and avarice presided in the criminal courts. Trials were informal and disorganized. Judges were unskilled or unscrupulous. Indeed, in what is now Green Bay, Wisconsin, a justice of the peace once

No caso dos danos punitivos, a multa assume natureza eminentemente sancionadora, coincidindo os fins por ela perseguidos com aqueles do Direito Penal. Ainda segundo GÓMEZ TOMILLO, tal natureza implica necessariamente em uma aproximação do tratamento que deve ser dado aos danos punitivos daquele observado quanto às garantias penais. Se admitida esta natureza punitiva, "*[...]nenhum sentido teria que mediante a atribuição de competência a tribunais de outra ordem constitucional, como os cíveis, se subtraíssem as garantias que devem acompanhar todo ato sancionador do Estado [...]*". Do contrário, "*[...] mediante uma simples troca de etiqueta [...]*" seriam burlados os "*[...] limites à arbitrariedade trabalhosamente conseguidos ao largo dos séculos [...]*"[670].

Retornando ao tema da improbidade administrativa, percebe-se que a pena de multa civil prevista em abstrato atinge valores consideravelmente mais altos do que os danos cometidos ou, quando não os há, tem por base de cálculo a remuneração percebida pelo acusado. Se na hipótese de dano ao erário a multa chega ao dobro de seu montante e, quando há enriquecimento ilícito, atinge três vezes o *quantum* acrescido indevidamente ao patrimônio, nos atos de improbidade que importam violação aos princípios da administração, a multa pode chegar a cem vezes a remuneração mensal do réu[671]. Pensando em uma acusação que recaia sobre mandatário eleito pelo período de uma legislatura, quatro anos, tem-se que a multa pode representar mais do que duas vezes a totalidade dos rendimentos que auferiu no cargo. À par de seu inescusável caráter confiscatório, dificilmente proporcional a um ato de improbidade que não tenha quiçá causado dano ao erário, não parece possível identificar finalidade outra em sua aplicação do que a causação de extremo

---

granted a new trial to a losing party who offered him a bottle of whisky. In that court, it was said, 'a bottle of spirits was the best witness that could be introduced'. The problem became so bad in Virginia that, in one year, a third of that state's accused felons were discharged by county authorities; and of those who were actually prosecuted, another third were acquitted. Because of this sorry state of affairs, victims seeking justice during this period had little choice but to sue their offenders (and hope for the best) or resort to private acts of vengeance. Since the eighteenth century, however, the mechanisms of the criminal law have become this country's primary defense against antisocial behavior. Today, highly specialized police agencies target criminals at the federal, state and local levels. Knowledgeable judges bound by a myriad of procedural and evidentiary constraints now try cases in hi-tech courtrooms. Voluminous criminal codes, delineating a broad spectrum of offenses and sanctions, have been adopted in every jurisdiction. Violent offenses, in particular, have been more expansively catalogued and more vigorously prosecuted than ever before. Likewise, punishments for such offenses have been made more severe, though perhaps less barbaric, than at any earlier time in our nation's history. Given the enormity of these developments, any role which punitive damages previously might have played in punishing or deter ring violent criminal wrongdoers now appears to be completely obviated [...]". CALNAN, Alan. Ending the Punitive Damage Debate. *DePaul Law Review*, V. 45, 1995-1996, pp. 110-112 (pp. 101-122).

[670] GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Los daños punitivos, pp. 28.

[671] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 12, I, II e III.

gravame ao condenado, tendo, portanto, nítido caráter sancionatório, em sua vertente retributiva.

Em face do quanto exposto, é possível concluir que nem mesmo a pena de multa, comumente vista como solução própria do Direito Civil, torna o conjunto de sanções vinculadas ao cometimento das improbidades administrativas mais próximo deste campo. Ao contrário, a indiscutível proximidade – e em muitos casos a plena identidade – das penas próprias da improbidade com aquelas típicas do Direito Penal recomenda que mais uma âncora seja fixada em seu entorno.

Ainda no subitem aqui desenvolvido, cabe lançar um breve olhar às finalidades buscadas com a aplicação das penas no caso das improbidades administrativas. Como sustenta KRAUSE MUÑOZ, o tema das finalidades buscadas com cada modalidade de intervenção é dos mais fundamentais para a diferenciação entre Direito Civil e Direito Penal. Afinal, em suas palavras, "*[...] parece inadmissível relacionar uma fórmula quase matemática de recomposição patrimonial com um sistema que traduz a reprovação mais grave que a sociedade dirige a um sujeito concreto [...]*" ou então "*[...] comparar duas reações que tem em vista elementos tão dissimiles e que buscam finalidades completamente diversas [...]*"[672].

Conforme já intuído a partir das últimas considerações, quando se falou da pena de multa civil, os objetivos pretendidos com o sancionamento passam ao largo da mera reparação de danos. O que se busca, longe de qualquer dúvida, é a punição, entendida de forma ampla e abarcando as mais diversas finalidades atribuídas à pena no âmbito do Direito Penal. O argumento em favor da hipótese é palmar, dispensando maior aprofundamento. À exceção da reparação do dano e da perda da parcela do patrimônio indevidamente incorporada, todas as demais respostas atreladas às improbidades administrativas ostentam caráter punitivo.

Quatro delas, especificamente, dialogam diretamente com a ideia de prevenção especial negativa, visando a neutralização do condenado, a saber, a perda do cargo, a inelegibilidade, a suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o poder público. Todas com o claro intuito de, por tempo determinado, impedir que os sujeitos responsabilizados pelos atos de improbidade administrativa delinquam novamente.

---

[672] KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Responsabilidad**: lo unitario en los sistemas civil y penal, pp. 71-72.

A multa civil, como já destacado, apresenta nítido caráter retributivo, uma vez que a função compensatória se esgota com o ressarcimento do dano ou com a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio. Nesta linha, com apoio em KELSEN, reconhece-se que, entre Direito Civil e Direito Penal, "*[...] mais fundamental é a diferença no que toca às finalidades [...]*", uma vez que "*[...] enquanto a lei penal foca a retribuição ou, de acordo com a opinião moderna, a prevenção, a civil está orientada à reparação [...]*"[673]. Com mais clareza, apoia-se em ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO, para quem "*[...] o Direito Civil (...) vislumbra a reparação de danos, (...) o Direito Administrativo pretende a eliminação de fontes de perigo [...]*". Enquanto isso, "*[...] ao Direito Penal competiria a adoção da pena como fenômeno retrospectivo, como castigo destinado a impor sofrimento e salientar a desaprovação quanto à conduta do agente [...]*"[674].

Na linha do que demonstrado, vê-se que as sanções previstas na Lei nº 8.429/92, por qualquer aspecto que se as analise, recomendam uma aproximação maior com o paradigma do Direito Penal. Seja em função do tipo de pena previsto em abstrato ou pelas finalidades perseguidas, o modelo tem poucos pontos de contato com o Direito Civil, ladeando-se, ao revés, com a sistemática própria do Direito Penal.

3.3.4. Ancoragem em razão do estigma ocasionado pela aplicação da sanção

Neste último subitem, pretende-se analisar a questão sob uma perspectiva metajurídica, voltando a atenção ao estigma ocasionado pela condenação do agente pela prática de ato de improbidade administrativa[675]. Partindo da compreensão que se tem no Direito Penal, entende-se aqui por estigma o conjunto de reações negativas que a sociedade dirige ao condenado, não apenas em decorrência da execução de uma pena privativa de

---

673 "[...] Si consideramos únicamente la naturaleza externa de las sanciones, no podremos encontrar, relativamente a ellas, características distintivas generales. Por ejemplo: aun cuando la civil consiste siempre en la privación de cierta posesión económica, la multa, que es una sanción penal, es de la misma naturaleza. Más fundamental es la diferencia en lo que toca a los propósitos: mientras que la ley penal tiende a la retribución o, de acuerdo con la opinión moderna, a la prevención, la civil está orientada hacia la reparación [...]". KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**, pp. 58-59. Tradução do autor.

674 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, pp. 156-157.

675 "[...] The interrelation between crime and stigma is complex and convoluted because the two concepts are of a distinctly different kind. Crime is a legal concept. Legislators have absolute discretion to decide which behaviors are classified as crimes and which are not. Stigma, in contrast, is a sociological phenomenon. It emanates from social norms and involves the messy routines of social inter-course, which are much harder to anticipate, let alone control or manipulate [...]". ROSEN-ZVI, Issachar; FISHER, Talia. Overcoming Procedural Boundaries. *Virginia Law Review*, V. 94, 2008, p. 110 (pp. 79-155)

liberdade, mas em função da inerente função comunicativa que o processo penal e a condenação *de per si* ostentam.

O estigma pode ser lido como a face oposta, mas indissociável, da moeda da prevenção geral negativa. Se um dos intuitos da sanção é incutir temor na sociedade, de modo a dirigir o comportamento das pessoas em sentido oposto ao que o ordenamento prevê, este sentimento surgirá pareado com o opróbrio de quem, não se deixando guiar pela norma, a desafia[676]. Soma-se a tal fenômeno a constatação de que a lei penal, no mais das vezes, tem uma identificação intensa com o campo da moral, proibindo comportamentos que são tidos por abjetos pelo corpo social em sua maioria. Assim, a condenação criminal comunica o fato de que o condenado praticou uma conduta altamente reprovável. Como define PEDRO DAVID, "*[...] a conduta desviada não pode ser definida pela conduta em si mesma, mas (...) pela reação de um grupo que estigmatiza e sanciona esta conduta, porque a vê como danosa ou negativa aos interesses, valores ou às normas deste determinado grupo [...]*"[677].

Os efeitos da estigmatização não são meramente residuais ou reflexos daqueles decorrentes da atuação estatal na imposição da pena. Pensar o oposto seria fechar os olhos à forma ordinária de comportamento do corpo social. Alguns autores defendem tratar-se de característica quase inata do ser humano, quando em sociedade, agir de forma estigmatizante em relação a quem teria praticado um mal. Alude-se à raiz mítica do fenômeno, o que dá conta de sua persistência ao longo das eras[678]. Assim que ALESSANDRO BARATTA

---

[676] Não se adota aqui posição segundo a qual a estigmatização seria inclusive uma das finalidades da pena. Para certas correntes do pensamento jurídico-penal, o mero de fato de que as penas estigmatizam, faria com que se vislumbrasse ser tal fenômeno uma de suas finalidades. Assim leciona Ferrajioli: "[...] al contrario que los primeros, estos últimos conciben como fines las funciones o los efectos de la pena o del derecho penal averiguados empíricamente o prescritos jurídicamente, y así afirman que la pena debe ser segregativa sobre la base del hecho de que efectivamente lo es, o que debe satisfacer el deseo de venganza o las exigencias sistémicas de estabilidad institucional porque por hipótesis las satisface realmente, o que debe estigmatizar, aislar o neutralizar a los condenados en cuanto de hecho y de derecho cumple tales funciones [...]". FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Editorial Trotta, 1995, p. 323. Tal entendimento conflita, frontalmente, com o respeito à dignidade humana, princípio vetor do Estado Democrático de Direito, assim plasmado na Constituição Federal. Admitir que o Estado pudesse obrar com vistas a estigmatizar implicaria inaceitável descaso com este valor fundante da Democracia.

[677] "[...] la conducta desviada no puede definirse por la conducta en sí misma, sino que tiene que definirse a partir de la reacción de un grupo que estigmatiza y sanciona esa conducta porque la ve dañina o negativa a los intereses, a las valoraciones, o a las normas de ese determinado grupo [...]". DAVID, Pedro R. **Criminología y sociedad**. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico, 1979, p. 65. Tradução do autor.

[678] A referência por vezes mencionada é a da "marca de Caim", extraída da passagem bíblica (Gênesis 4:11-12, 4:13-14 e 4:15-16). Deus teria punido Caim pelo assassinato de seu irmão, Abel, determinando que nunca mais poderia trabalhar como lavrador e que deveria permanentemente vagar pelo mundo. Para que seu sofrimento fosse mais intenso, uma marca lhe teria sido aposta, alertando que ninguém poderia matar Caim, prolongando seu penar e transmitindo a todos que aquele era o homicida de seu próprio sangue. SHOHAM, Shlomo. **The Mark of Cain**: The Stigma Theory of Crime and Social Deviation. Dobs Ferry: Oceana

afirma que "*[...] o efeito estigmatizante da reação da opinião pública sobre o status social do delinquente no é talvez menos significativo do que aquele próprio da ação dos organismos oficiais de reação penal [...]*"[679]. Posto de outra forma, "*[...] a culpa e estigma que acompanham a sanção criminal são uma ameaça tão grande à liberdade e autonomia do indivíduo quanto a própria privação da liberdade e propriedade [...]*"[680].

Na jurisprudência norte-americana relativa à aplicação de modelos intermediários de sancionamento, o grau de estigma decorrente de uma condenação foi erigido a fator a ser ponderado pelo juiz na ocasião da seleção de qual standard de prova se exigirá para a procedência da ação. Conforme destaca GREGORY PORTER, a Suprema Corte daquele país estipulou um teste para elevar o standard de prova de "preponderância da prova" para "prova clara e convincente", colocando lado a lado o risco à liberdade do acusado e o estigma ocasionado por eventual condenação, como fatores a serem considerados[681].

Não há método objetivo para medir o estigma decorrente de determinada condenação. Ainda que intuitivamente reconheça-se que a determinação de pagar quantia certa, em ação cível, carregue estigma muito menor do que a condenação à pena privativa de liberdade, não há uma régua metodológica que permita mensurar os pontos intermediários dos dois exemplos, sem incorrer na necessidade de uma pesquisa empírica devotada ao tema.

Contudo, conforme já mencionado no item 1.6., há indícios claros de que, ao menos aos olhos da sociedade, "crime" e "improbidade" são termos que ostentam praticamente o mesmo caráter infamante. Pesquisa realizada no Google, com a expressão "crime de

---

Publications, 1970, WILKING, Pamela A. The Mark of Cain: Disenfranchised felons and the constitutional no man's land. *Syracuse Law Review*, V. 56, 2005-2005, pp. 85-124 e COCO, Antoni. The Mark of Cain. *Journal of International Criminal Justice*, V. 11, N. 2, 2013, pp. 425-440.

[679] "[...] En otras palabras, la desviación y el estatus social del delincuente no son una realidad preconstituida del todo respecto a las reacciones institucionales que plantea una sociedad dada, realidad que por lo tanto pudiera estudiarse de manera totalmente independiente de estas reacciones. Si esto es verdad, lo mismo debe valer para las reacciones no institucionales, porque el efecto estigmatizante de la reacción de la opinión pública sobre el estatus social del delincuente no es tal vez menos significativo que aquel propio de la acción de los organismos oficiales de la reacción penal [...]". BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**: Introducción a la sociología jurídico-penal. Tradução de Álvaro Bunster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p. 16. Tradução do autor.

[680] "[...] The communicative function of criminal law has both negative and positive implications. On the negative side, the blame and stigma that accompany a criminal sanction are as much a threat to the liberty and autonomy of the individual as any deprivation of liberty or property [...]". ROSEN-ZVI, Issachar; FISHER, Talia. Overcoming Procedural Boundaries, p. 108. Tradução do autor.

[681] "[...] The quasi-criminal process, the middleground between criminal and civil process, should be accompanied by a clear and convincing standard of proof, the middleground between beyond a reasonable doubt and a preponderance of the evidence (...) Applying the three Mathews factors, the Court first identified two important individual interests generally at stake in cases requiring a clear and convincing standard: a liberty interest and a stigma interest [...]". PORTER, Gregory Y. Uncivil Punishment: The Supreme Court's Ongoing Struggle with Constitutional Limits on Punitive Civil Sanctions. *Southern California Review*, V. 70, N. 2, 1997, pp. 585-586 (pp. 517-589).

improbidade", propositalmente equivocada, aponta mais de duzentos e sessenta mil resultados[682]. Há que se destacar que não apenas a imprensa, em sua cobertura jornalística, equivoca-se com a aproximação indevida. Órgãos públicos, como a Receita Federal, o fazem[683], bem como tribunais[684] e, pior, a própria Câmara dos Deputados[685].

Duas características podem fazer compreender tal aproximação e, por consequência, o alto grau de estigmatização que ocorre no caso das improbidades administrativas. A primeira decorre do próprio modelo intermediário que caracteriza o tema, conforme aqui se defende. A segunda, do fato de que o pano de fundo do debate é a corrupção, questão cuja reprovabilidade social sempre foi acentuada e que, em tempos recentes, tornou-se a principal chaga do Brasil no sentir de parte substancial da sociedade.

É da essência do próprio modelo intermediário que a condenação decorrente da infração a normas nominalmente cíveis, mas com caráter sancionatório marcado, acarretem estigmatização semelhante àquela experimentada no âmbito do Direito Penal. Nos termos destacados por ABRAHAM GOLDSTEIN, "*[...] processos e sanções civis emergiram que são por vezes mais punitivos do que processos criminais, mas igualmente estigmatizantes [...]*" [686], o que preocupa sobremaneira, na medida em que, consoante ressaltado anteriormente, tais procedimentos usualmente não se revestem do nível de garantias atribuído ao Direito Penal.

---

[682] Disponível em: <https://www.google.es/search?q=%22crime+de+improbidade%22&client=firefox-b&dcr=0&ei=9GOFWs67I8m2gQaouL2gDQ&start=10&sa=N&biw=1366&bih=631>. Acesso em 15.02.2018.

[683] "Fruto do trabalho desenvolvido pela RFB em parceria com o Ministério Público Federal (MPF), pessoas ligadas a uma das organizações criminosas e ex-administradores públicos do município de Muribeca/SE foram condenados em 1ª instância na Justiça Federal de Sergipe pelo crime de improbidade administrativa e a ressarcir o município pelos prejuízos causados em razão da cobrança de ofício realizada pela RFB". Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2018/janeiro/organizacao-que-vende-suposta-compensacao-de-tributos-com-titulos-publicos-201cpodres201d-e-condenada-por-improbidade-administrativa>. Acesso em 29.04.2018.

[684] Do TJDFT: "Crime de improbidade administrativa admite penhora sobre bem de família". Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/janeiro/crime-de-improbidade-administrativa-admite-penhora-sobre-bem-de-familia>. Acesso em 29.04.2018. Do TJAC: "Caso Banacre: Oito réus são condenados por crime de improbidade administrativa". Disponível em: <https://tj-ac.jusbrasil.com.br/noticias/100046510/caso-banacre-oito-reus-sao-condenados-por-crime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 29.04.2018.

[685] "Divulgar informação falsa pode ser crime de improbidade". Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/123106-DIVULGAR-INFORMACAO-FALSA-PODE-SER-CRIME-DE-IMPROBIDADE.html>. Acesso em 29.04.2018.

[686] "[...] What we now have is a helter-skelter cumulation of processes and sanctions. Civil processes and sanctions have emerged that are often more punitive than criminal processes but equally stigmatizing. Yet civil sanctions may bring with them fewer procedural protections than do criminal sanctions: they may be established by a preponderance of evidence, and need not meet the proof beyond a reasonable doubt standard; they may be instituted by private parties without being screened by a public prosecutor serving as surrogate for the public interest; and they may be tried by a judge rather than a jury [...]". GOLDSTEIN, Abraham S. White-Collar Crime and Civil Sanctions. *Yale Law Journal*, V. 101, 1991-1992, p. 1899 (pp. 1895-1899).

Na lição de PETER WRIGHT, a similitude entre as sanções criminais e aquelas estipuladas em determinado modelo intermediário é um ponto que reforça a estigmatização neste último caso. Conforme anota, "*[...] um réu sujeito à perda forçada de bens atrairá para si todo o estigma de uma condenação criminal [...]*"[687], na medida em que a faceta externa de sua condenação – o que resultará claro para a opinião pública – é uma consequência igualmente vista no caso de condenações criminais. Este reforço é redobrado, ainda segundo o autor, quando um mesmo fato pode desencadear reações no âmbito criminal e em um procedimento nominalmente civil. Para o leigo, torna-se praticamente impossível compreender que não se quebrantou a presunção de inocência sob o ponto de vista criminal e, ainda assim, houve a aplicação de duras e públicas penas[688].

Não se sustenta serem sempre idênticos os níveis de estigmatização e reprovação social desencadeados por qualquer processo criminal, em comparação com uma condenação que acarrete a aplicação de sanções civis. Naturalmente que há gradações e, ao menos por hora, a força simbólica da privação de liberdade segue vinculando um sentimento social negativo mais intenso do que outras formas de punição. Neste sentido é que deve ser compreendida a ponderação de GÓMEZ TOMILLO, quando assevera, em relação aos danos punitivos, que "*[...] desde uma perspectiva teórica, não levam atrelado o nível de reprovação social e conseguinte estigmatização que deveria apresentar o Direito Penal, o que resulta coerente com o princípio de ultima ratio característico deste ramo do ordenamento jurídico [...]*"[689]. Deve-se ter em vista, contudo, que a menção do autor se volta apenas aos danos punitivos, que mesmo implicando graves sanções pecuniárias, não se

---

687 "[...] In the eyes of the layperson, a defendant subject to a successful civil forfeiture order will attract all the stigma of a criminal conviction, even if this is not, in a legal sense, the outcome of a civil forfeiture order. The formal outcome for the defendant, while not imprisonment, is a financial loss, the same as for many convicted criminal defendants. But while in the civil law monetary penalties are routinely employed, under the civil forfeiture regime there is still a link to the underlying criminal offending. Within the community, the defendant will face the full stigma of having been convicted of a crime [...]". WRIGHT, Peter. Op. Cit., pp. 634.

688 "[...] The civil forfeiture regime can also breach the presumption of innocence, in that even though defendants have only had assets confiscated and no criminal conviction has been obtained, they are still subject to the stigma associated with one. Were they genuinely to be presumed innocent, it would be inconsistent to subject them to this stigma [...]". WRIGHT, Peter. Op. Cit., pp. 635.

689 "[...] los punitive damages, desde una perspectiva teórica, no llevan aparejado el nivel de reproche social y consiguiente estigmatización que debería presentar el Derecho penal, lo que resulta coherente con el principio de ultima ratio característica de esta última rama del ordenamiento jurídico [...]". GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios. In: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.); JAVATO MARTÍN, Antonio; TAPIA BALLESTEROS, Patricia (Coord.). **Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado**, p. 51. Tradução do autor.

comparam do ponto de vista sancionatório e simbólico com as penas previstas para as improbidades administrativas.

Deste ponto é possível abordar a segunda característica que, observada nas improbidades administrativas, torna mais severa a estigmatização decorrente de sua aplicação: o fato de que se trata, em concepção ampla, de um debate em torno da corrupção. E a corrupção, como salientado no item 1.2., é um conceito moral, mais do que jurídico, capaz de atrair a ojeriza pública a quem a pratica ou é acusado de praticá-la. Como já se disse, "*[...] o opróbrio moral direcionado à propina não é novo [...]*", "*[...] datando de mais de quatro mil anos atrás, desde as tábuas da Babilônia*".

Assim, a ideia de corrupção como depravação moral remontaria "*[...] às concepções de governo democrático de Platão e Aristóteles e de seu declínio*"[690]. Nesta linha Santo Agostinho, ainda no século V, tratou do tema da "*[...] corrupção da alma [...]*", vendo-a como "*[...] punição pelo pecado original [...]*"[691]. Para Anselmo de Canterbury, pai da escolástica, o mal seria equivalente ao "*[...] vício ou à corrupção[...]*"[692], enquanto São Tomás de Aquino, em sua *Summa Theologica*, diz que "*[...] a corrupção é em si mesma um mal [...]*"[693]_[694]. Sem pretensão de esgotamento do tema, mas por bem resumir o quanto exposto, Aristóteles considerava a corrupção um desvio, Maquiavel uma forma de degradação moral dos cidadãos e Montesquieu a perversão de uma ordem política boa em outra má[695].

Posta a questão em outros termos, contrariamente à boa parte dos ilícitos não-criminais, que decorrem de mera estipulação normativa, a corrupção é compreendida como inerentemente perversa, *mala in se*, enquanto os primeiros podem ser considerados *mala prohibita*. Enquanto as condutas tidas por *mala in se* "*[...] são o mal por si próprios, representando ações más ainda que nenhuma lei os proibisse [...]*", as condutas *mala*

---

[690] UNDERKUFFLER, Laura S. Op. Cit., pp. 56-57. Tradução do autor.
[691] AGOSTINHO, Santo. **The City of God**, p. 26. Tradução do autor.
[692] DAVIES, Brian; EVANS, G. R. **Anselm of Canterbury**, pp. 206-207.
[693] TOMÁS DE AQUINO, São. **Summa Theologica**, pp. 249-250.
[694] "El propio SAN AGUSTÍN y, más tarde, SANTO TOMÁS DE AQUINO, se refieren a la corrupción como un pecado que atenta al ser de los hombres, privándoles de las facultades intrínsecas a la 'bondad' y al 'bien'". CASAS ARANDA, Rafael. Ética en la Función Pública, p. 120.
[695] "[...] See for instance Aristotle, who considered corruption as forms of deviation from the three constitutions – monarchy, aristocracy and democracy; Machiavelli describing corruption as a degradation of citizens' political virtues; Montesquieu who looked at corruption as the perversion of a good political order into an evil one [...]". VANNUCCI, Alberto. Op. Cit., p. 4.

prohibita "*[...] são ilegais apenas por que o governo decidiu proibir certos comportamentos [...]*"[696] [697].

Por fim, um último fator contribui para que a estigmatização em casos vinculados à corrupção, como nas improbidades administrativas, seja substancialmente mais alta do que seria de se esperar ante a ausência de pena privativa de liberdade. Trata-se do efeito gerado pela cobertura da imprensa, chamado *priming*, capaz de definir a importância que um tema deve ter na opinião pública.

Como se afirmou em outra oportunidade[698], o *priming*, ideia que traça suas raízes na obra de WALTER LIPPMANN[699], significa a capacidade que o emissor de informação tem de estipular quais temas devem receber relevo e atenção por parte dos receptores. O conceito de *priming* tem relação com a fixação de agenda, mas é mais profundo. Não se trata apenas de elencar temas relevantes, mas de explorar os vieses cognitivos com os quais trabalha a mente humana, de modo a garantir que as ideias passadas pela campanha sobre determinado assunto tenham destaque na memória do destinatário.

Daí a conclusão de SHANTO IYENGAR, decorrente de pesquisa empírica realizada ainda em 1982, de que "*[...] ao ignorar alguns problemas e dar atenção a outros, os programas do noticiário televisivo afetam profundamente quais problemas os telespectadores levam a sério [...]*"[700].

---

[696] "[...] In the late Middle Ages natural law theorists conceived of the difference between crimina and contraventions in terms of mala in se and mala prohibita. They referred to the Roman law difference between leges, written enacted law, and ius civile, the unwritten law as applied by the judge. However, their interpretation transformed this distinction into the difference between ius naturale, unwritten natural law that could be derived from human reason or divine revelation, and leges, written positive law enacted by a government. The difference was considered ontological: a crime was evil in itself, representing an action that was bad even if no law spoke against it, while a contravention was merely illegal because a government had decided to prohibit certain behavior [...]". HILDEBRANDT, Mireille. Justice and Police: Regulatory Offences and the Criminal Law. *New Criminal Law Review*, V. 12, N. 1, 2009, p. 51 (pp. 43-68).

[697] "[...] En la doctrina del sistema angloamericano suele hacerse una distinción entre lo que se consideran infracciones 'intrínsecamente inmorales' (mala in se) e infracciones 'prohibidas' (mala prohibita). Mientras las primeras se encuentran tipificadas porque les subyace un fundamento 'moral' de castigo, las segundas se encuentran prohibidas sólo en la medida de su previsión legal [...]". VARELA, Lorena. Strict-liability como forma de imputación jurídico-penal, p. 8.

[698] NEISSER, Fernando Gaspar. Aspectos Regulatórios da Redução do Tempo das Campanhas Eleitorais e seu Efeito na Formação do Voto do Eleitor. In: LEMBO, Cláudio (Coord.); CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Reforma Política**: Um Mito Inacabado. Barueri: Manole, 2017, pp. 186-189 (pp. 180-221). Alguns excertos a seguir são retirados da obra mencionada nesta nota.

[699] LIPPMANN, Walter. **Public Opinion**. New York: Macmillan, 1922, *passim*.

[700] "[...] We have shown that by ignoring some problems and attending to others, television news programs profoundly affect which problems viewers take seriously. This is so especially among the politically naive, who seem unable to challenge the pictures and narrations that appear on their television sets. We have also discovered another pathway of media influence: priming [...]" IYENGAR, Shanto; PETERS, Mark; KINDER, Donald. Experimental Demonstrations of the 'Not-So-Minimal' Consequences of Television News Programs. *The American Political Science Review*, V. 76, N. 4, 1998, p. 855 (pp. 848-858). Tradução do autor.

O efeito pode ser claramente viso na sequência de pesquisas de opinião pública que o Instituto Datafolha realiza periodicamente, apurando "qual o maior problema do país", na visão dos indivíduos pesquisados. Entre 1997 e 2012 o tema "corrupção" ocupou, praticamente em todos os levantamentos, a quinta posição no ranking de preocupações da pesquisa, pontuando na média entre 3% e 5% como o mais grave problema do país. A partir da deflagração da Operação Lava-Jato, vê-se o acentuado crescimento de sua relevância para a opinião pública, alcançando em 2015, de forma inédita, o primeiro lugar, com 34% das respostas únicas dadas, mais do que o dobro do segundo lugar, a "saúde", com 16%[701]. Mesmo com a queda apurada em 2017, para o segundo lugar, a "corrupção" segue como a mais grave questão a ser enfrentada no país para 18% dos brasileiros, em situação de empate com o desemprego[702].

O aumento da percepção da gravidade da corrupção – com o correlacionado incremento de sua reprovabilidade – não necessariamente implica um paralelo incremento nos níveis efetivos de atos de corrupção praticados no interior da administração pública. Afinal, "*[...] a elevada incidência de escândalos políticos, desde meados do século XX, não decorre necessariamente da degradação moral das novas gerações de políticos [...]*", mas sim porque "*[...] aumenta-se a observação de atitudes associadas ao caráter dos políticos, tanto no âmbito de sua vida pública quanto da privada [...]*"[703].

Nada obstante esta constatação, é indiscutível que a sociedade, com maior ou menor razão, direciona àqueles acusados da prática de corrupção um estigma comparável àquele que acompanha os condenados pelos mais graves crimes, independentemente de se saber se a via na qual ocorreu a acusação e eventual condenação foi criminal ou por ação de improbidade administrativa.

Nesta toada, é possível afirmar que em decorrência do alto grau de estigmatização atrelada à improbidade administrativa, também por este critério o modelo intermediário há de aproximar-se de forma mais estreita do modelo característico do Direito Penal.

---

[701] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>. Acesso em 29.04.2018.

[702] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1923431-saude-continua-o-principal-problema-ciado-por-entrevistados-diz-datafolha.shtml>. Acesso em 29.04.2018.

[703] TELLES, Helcimara de Souza; FRAIHA, Pedro Soares; LOPES, Nayla. Meios de Comunicação, corrupção e redes sociais nas eleições para prefeito no Brasil. In: CUNHA, Isabela Ferin; SERRANO, Estrela. **Cobertura jornalística da corrupção política**: sistemas políticos, sistemas midiáticos, enquadramentos legais. Disponível em: <http://opiniaopublica.ufmg.br/site/files/biblioteca/Cobertura-jornalistica-da-corrupcao-politica-sistemas-politicos-sistemas-mediaticos-e-enquadramentos-legais.pdf>. Acesso em 29.04.2018, p. 298 (pp. 295-321)

3.4. A ancoragem penal como instrumento de garantia: manifestação do ius puniendi do Estado

O balanço da análise empreendida ao longo do item 3.3. não deixa margem a dúvidas. Ainda que haja alguns pontos fundamentais em que um caráter eminentemente civil se destaca, como na própria interpretação dada pela jurisprudência à lei e à Constituição Federal, bem como no caráter ressarcitório de parte das medidas previstas na Lei nº 8.429/92, não se pode negar que o modelo intermediário a ser desenhado ancora-se com maior intensidade no campo do Direito Penal.

No que toca à natureza dos injustos debatidos, ao menos sob uma perspectiva formal, a única que permite a devida avaliação, há correspondência com tipos penais que incidem sobre as mesmas condutas. Se não para todas as hipóteses de improbidades, ao menos em parcela significativa delas.

Quando se lança olhos modalidades de penas impostas, chega-se à mesma conclusão. À exceção, reitera-se, do ressarcimento – que também compõe, de certa forma, o arcabouço de respostas que o Direito Penal oferta -, todas as demais encontram paridade nas sanções criminais positivadas no Brasil.

Se o foco recai sobre as finalidades buscadas pela aplicação das penas, tendo por pano de fundo um conceito material de delito, do mesmo modo o desfecho pende para o Direito Penal. As sanções na improbidade administrativa visam eminentemente a punir. Todas as teorias que buscam explicar as finalidades da sanção penal, em certa medida, encontram eco no campo das improbidades administrativas. Há um caráter inegável de retribuição, de causar mal a quem agiu em desconformidade com o Direito.

Busca-se também a prevenção geral, em suas vertentes negativa e positiva, esperando que a ameaça da pena se preste a fazer retrair os impulsos de quem poderia cometer um ato ímprobo e, ao mesmo tempo, transmitir à sociedade a ideia de que a corrupção política está sendo combatida e, portanto, a lei vige plenamente.

Ainda que não se tenha indícios claros de elementos próprios da prevenção especial positiva, vez que ausentes quaisquer medidas tendentes a trazer de volta o condenado por improbidade a uma postura de conformidade com a lei, é palmar o caráter de prevenção

especial negativa contido nas penas. Neutraliza-se, por longo período, o agente que tenha sido condenado, impedindo-o de ter acesso aos meios necessários para delinquir novamente.

Por fim, ao abordar o tema sob a perspectiva do estigma causado a quem sofre a condenação, percebe-se intensa similitude com a carga simbólica que acompanha a punição criminal. Aos olhos da sociedade – e possivelmente dos próprios acusados -, crime e improbidade são termos que refletem um nível de opróbrio semelhante, se não igual. A ausência da pena privativa de liberdade, como já ocorre com diversos crimes de menor potencial ofensivo, não é suficiente para transmitir à coletividade um nível menor de reprovação quanto à conduta e seu autor.

Ante o diagnóstico proposto, a conclusão é inelutável. Excetuadas as diferenças – menos relevantes do que se poderia supor -, como o foro em que tramita, as regras processuais utilizadas e a ausência da pena de restrição da liberdade, crime e improbidade são fenômenos jurídicos impressionantemente próximos. Assim, as âncoras fincadas fazem concluir que o modelo intermediário da improbidade administrativa há de estar tão próximo quanto possível daquele próprio do Direito Penal.

De fato, outra não poderia ser a conclusão. Ambos os sistemas representam manifestações do *ius puniendi* do Estado, à diferença do que ocorre com o Direito Civil. Ao lado do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Disciplinar, compõem um grupo especial de normas e arranjos institucionais, jurisprudenciais e dogmáticos que os mantêm próximos, exigindo um conjunto maior de garantias ante a ação arbitrária do Estado.

4. A CONSTRUÇÃO DO MODELO DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1. A âncora da imputação subjetiva penal e seus elementos irredutíveis x a necessidade de flexibilização rumo ao Direito Civil

Ao longo dos três primeiros capítulos, construiu-se o percurso que constitui o cerne da tese aqui defendida. Descreveu-se inicialmente como a ação de improbidade administrativa desponta no ordenamento jurídico brasileiro como resposta original, ainda que parcial, ao enfrentamento da corrupção. Em seguida, delineando a forma com a qual foi interpretada pelo STJ, identificou-se o problema que há atualmente com a falta de uma teoria de imputação subjetiva que defina os sentidos do dolo e da culpa na aplicação da Lei nº 8.429/92.

Depois de afastar a possibilidade de que a improbidade administrativa deva ser interpretada como modalidade de Direito Administrativo Sancionador judicializada, percorreu-se o caminho histórico do injusto e da imputação subjetiva nos âmbitos do Direito Civil e do Direito Penal, de modo a conhecer quais as alternativas que a doutrina, ao longo dos séculos, legou ao presente.

Já no capítulo 3, apresentou-se a ideia dos modelos intermediários, alocados no gradiente que transita entre o Direito Penal e o Direito Civil, fruto das tentativas do Estado de impor sanções de caráter punitivo por meio de legislações nominalmente civis, escapando assim ao conjunto de garantias que reveste o Direito Penal e seu processo. Ponderou-se sobre a possibilidade de trasladar a ideia para os países da tradição jurídica do Civil Law, reconhecendo a viabilidade do intento, na medida em que soluções assemelhadas vêm sendo acolhidas e sugeridas, tanto pela jurisprudência, como pela doutrina.

Admitido, deste modo, que o modelo adequado às improbidades administrativas tem caráter híbrido, postando-se entre o Direito Penal e o Direito Civil, restava averiguar quais os critérios que justificam a aproximação do modelo intermediário concreto a um ou outro paradigma. Nesta linha, levou-se em consideração para estipulação do que se chamou de âncoras de fixação a definição do legislador, a natureza do injusto de que trata a Lei nº 8.429/92, as modalidades de pena previstas e as finalidades por elas buscadas, bem como o estigma que decorre de eventual condenação.

Concluiu-se, ao final, que o modelo intermediário há de estar cravado em ponto muito mais próximo do Direito Penal, flexibilizando-se em pequena medida rumo ao arquétipo característico do Direito Civil.

A partir deste ponto, descortina-se um vasto caminho adiante. As possibilidades abertas são inúmeras, enquanto o trabalho que há de se desenvolver para a construção de uma teoria da improbidade administrativa fundeada na ideia de modelo intermediário escapa aos limites impostos nesta tese. Não apenas no que toca ao debate do elemento subjetivo, mas em cada aspecto da improbidade é possível avançar, com um fundamento teórico mais sólido, ao adotar o entendimento aqui aventado.

Neste capítulo final cabe, então, dar alguma concretude à proposta, esboçando quais as características de que deve se revestir a análise dos elementos subjetivos na improbidade administrativa e, simultaneamente, testando a operatividade da teoria, em vista de algumas situações específicas.

Não se pretende esgotar o tema, dando-se foco ao dolo, em detrimento de uma apreciação mais aprofundada da culpa, especialmente em razão da posição privilegiada que aquele primeiro elemento ostenta na aplicação da Lei nº 8.429/92. Conquanto se reconheça a necessidade de uma investigação mais acurada da interrelação entre o dolo e sua prova, no campo das improbidades administrativas, um mergulho no tema do Processo Penal igualmente escaparia das balizas metodológicas firmadas.

Parte-se, deste modo, da ideia final exposta no capítulo 3, segundo a qual a ancoragem do modelo intermediário em ponto mais próximo ao Direito Penal representa a adoção de um conjunto de garantias do qual não se pode abrir mão em um Estado Democrático de Direito, uma vez que se trata da aplicação de medidas de inelutável caráter punitivo. Com GÓMEZ TOMILLO, entende-se que seria perversa a interpretação segundo a qual a mera mudança de rótulo – de Direito Penal para Direito Civil – autorizasse o Estado a punir sem a observância de um núcleo mínimo de elementos, dos quais a construção do conceito de dolo faz parte. Os injustos civis, nesta linha, devem compor o que o autor denomina Direito Punitivo do Estado, cujos princípios informadores não podem distanciar-se demasiadamente daqueles que delineiam o Direito Penal[704].

[704] "[...] However, if their punitive nature is accepted, we should also understand that it would make little or no sense, if by attributing competency in such matters to civil courts such guarantees were left to chance. If it were otherwise, a mere change of label would make a mockery of constraints on arbitrariness painstakingly achieved over the centuries. It could be illustrative that the defenders of punitive damages openly acknowledge that they ground their arguments in the difficulties that surround the sanctioning of legal persons in juridical-penal terms,

Na medida do possível, o que significa sem a violação deste corpo mínimo de princípios e garantias que se contrapõem ao direito de punir do Estado, a vontade do constituinte e do legislador devem ser respeitadas. Em outras palavras, pretendeu-se criar um subsistema sancionatório próprio, externo ao Direito Penal, exatamente por se vislumbrar que o ônus por parte da acusação tornava extremamente árdua a tarefa de imputar aos responsáveis alguns ilícitos, mormente de caráter econômico como é o caso da corrupção. Desde que não se construa um sistema no qual o estigma e as sanções tradicionalmente percebidos como "criminais" afetem a quem não se provou culpa no sentido próprio[705], é possível cogitar da necessária flexibilização.

Assim, abriu-se mão – não sem manter o sistema criminal em paralelo, fenômeno que acarreta violação ao princípio do *ne bis in idem*, o que já foi devidamente criticado – da possibilidade de privação da liberdade, em troca de uma maior flexibilidade quanto às garantias que devem ser observadas.

É desta conjunção de fatores que há de se construir um modelo próprio para a improbidade administrativa, não apenas no que toca ao elemento subjetivo da imputação, mas a cada um de seus aspectos, que seja a um só tempo garantista e eficaz.

4.2. O dolo na improbidade administrativa

---

under the strict legal requirements of criminal law (among which may be cited the need to accredit a connection of causality, the demand for proof beyond all reasonable doubt and strict procedural requirements). In short, a change of label would be sufficient to be able to impose much more serious punishment, without too much difficulty. It hardly appears difficult to understand that such reasoning is perverse. In any case, the following section explains, somewhat more carefully, the reasons for which punitive damages should be submitted to the same limiting principles as all other punishment activity of the State. (...) It follows from the foregoing, that all punitive institutions of the State ought to be subject to the same essential principles and guarantees. This idea would encompass criminal law in the strict sense, civil offences and punitive damages. The three areas together would make up the punitive law of the State, the principles of which could not be different from those of criminal law in the strict sense (according to Occam's Razor: entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem), which have been continuously improved over the centuries [...]". GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Punitive Damages: A European Criminal Law Approach. State Sanctions and the System of Guarantees. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2013, Vol.19(3), pp. 220-221 (pp.215-244).

[705] "[...] The challenge now is to separate out the several strands - to recognize that each civil and criminal remedy is part of a network of sanctions designed to control deviant behavior, to provide screening mechanisms to determine which sanction should be brought to bear, and by whom, in order to make law enforcement more effective overall; and to create the hybrid procedures uniquely appropriate to each of these hybrid processes. If we do not succeed in meeting this challenge, there is a genuine risk that the stigma and sanctions associated with "crime" will be imposed, in both civil and criminal processes, on persons who are not culpable in any widely accepted sense of that term. If that happens, if offenders who do not match the public image of criminality are too casually found to be criminal, the "crime" label will lose its incremental utility, the moral force of the criminal sanction will be dissipated, and many more people will suffer unjust treatment [...]". GOLDSTEIN, Abraham S. White-Collar Crime and Civil Sanctions, p. 1899.

Coerentemente com o que já se expôs, "*[...] a noção de dolo (...) aparece necessariamente ligada ao conceito de injusto que se professe [...]*"[706]. Se, como se viu adrede, está-se diante de um injusto intermediário, transitando entre as noções de injusto do Direito Penal e do Direito Civil, mesmo rumo há de tomar o conceito de dolo que lhe será subjacente.

Ante a maior proximidade que o novo paradigma deve ter com o Direito Penal, de antemão cabe afastar a aplicação do conceito de dolo comumente reconhecido na seara do Direito Civil, noção muito mais atrelada à ideia do erro em que o agente faz incidir a vítima na celebração de um negócio jurídico ou da fraude encetada com a mesma finalidade[707]. Parte-se, assim, de um conjunto de concepções – visto ser impossível falar de um único conceito de dolo penal, como exaustivamente demonstrado no capítulo 2 – de dolo que foram desenvolvidas no âmbito do Direito Penal.

---

[706] "[...] La noción de dolo, como puede verse, aparece necesariamente ligada al concepto de injusto que se profese. Sólo que, hasta aquí, en vigencia de la dogmática, su concepción es de naturaleza jurídico-positiva por encontrarse referida a la tipicidad [...]". GÓMEZ PAVEJAU, Carlos Arturo. Injusto y culpabilidad en los grandes filósofos griegos. *Revista Derecho Penal y Criminología*, V. 31, N. 91, 2010, p. 49 (pp. 41-63). Tradução do autor.

[707] "[...] Tradicionalmente se define al dolo como toda maquinación fraudulenta destinada a obtener una declaración de voluntad que de no mediar este no se hubiere obtenido o se hubiere obtenido en términos substancialmente diferentes. En este sentido, el dolo es toda maquinación fraudulenta por la cual una parte o el autor de un acto jurídico es inducido a celebrar un acto jurídico por su contraparte -en el caso de un acto jurídico bilateral- o por un tercero -en el caso de un acto jurídico unilateral-, que de no mediar el dolo no habría celebrado o lo habría hecho en términos substancialmente diferentes. Esta concepción del dolo está íntimamente relacionada con el error. Pero, en el dolo es indiferente la clase de error en que recae la víctima, da igual si el error es obstáculo o sustancial. El dolo presupone un error, en el que lo padece, que afecta a los motivos que llevan a celebrar el acto o contrato, como destacaba Von Tuhr. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina alemana tiene un concepto diferente de dolo. Para el Derecho alemán, el dolo es un engaño provocado, que es distinto al fraude -ya que el dolo puede o no ser una consecuencia del fraude-. Nuestro concepto de dolo no es el de la negligencia inexcusable y grave, que juega en los casos que serán tratados más adelante. La mayoría de la doctrina en Chile entiende que este dolo es sinónimo de fraude. Pero, en el Derecho alemán, al dolo como vicio del consentimiento se le considera como "un engaño provocado", lo que presenta la ventaja de dejar fuera del dolo a la intencionalidad, que es propia del fuero interno. De este modo en la medida que una parte tenga conocimiento que su contraparte actúa motivada por error y aquélla de alguna forma ha participado en dicho engaño, hay dolo. En este sentido lo esencial del dolo es el error provocado o dicho de otra forma el engaño que se provoca en otro, aunque el engaño esté bien inspirado [...]". BARCIA L., Rodrigo. La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del Derecho de los contratos: primera parte. *Ius et Praxis*, V. 12, N. 2, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18.01.2017, pp. 75-94. Em sentido contrário, sustentando haver um conceito indissociável de dolo no Direito Penal e no Direito Civil, ver: "[...] La figura del dolo como institución jurídica denota un claro carácter multidisciplinar. Queremos decir con esto que dicha categoría hace aparición en diversas ramas o disciplinas jurídica. (...) Podríamos decir, sin riesgo de equivocarnos, que la figura del dolo, desde el punto de vista del Derecho, destaca en las ramas del Derecho civil, penal y canónico. (...) Ya en 1910, COVIÁN señalaba que el dolo malo puede ser civil o penal, advirtiéndonos, no obstante, que ni los más ilustres comentaristas encuentran norma segura para determinar la distinción entre uno y otro, porque en los dos se obra intencionalmente, contra ius, y con el propósito de hacer cosa lesiva al derecho ajeno [...]". PAREJO GUZMÁN, María José. **El vicio de la voluntad denominado dolo en el Derecho civil español y en el Derecho canónico**. Valência: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 17-20.

A primeira garantia que há de ser haurida do Direito Penal, a informar o conceito de dolo na improbidade administrativa, dialoga com a amplitude do conceito de presunção de inocência. Enquanto é geralmente indiscutível que compete à parte que acusa a prova dos aspectos objetivos atribuídos ao acusado – a ocorrência da conduta, com todas as suas circunstâncias fáticas -, por vezes esquece-se que também cabe ao ente que ocupa a posição de autor a demonstração e prova dos elementos subjetivos exigidos para configuração do delito.

Não se pode admitir, nesta linha de raciocínio, qualquer construção que abra a possibilidade de uma presunção – ainda que relativa – de que o agente obrou com dolo ou culpa. A carga da prova não se inverte em nenhuma hipótese, ao contrário do que se admite, em diversas situações, no Direito Civil. Sendo o dolo ou a culpa elementos do tipo da improbidade – a depender da modalidade – sua prova sempre recairá sobre quem maneja a ação. A afirmação cabe não apenas no dolo, mas também na culpa; não só para as condutas comissivas, mas também para as omissivas. Como se pretende tratar mais adiante, a existência de um dever de cuidado e as circunstâncias que teriam levado à sua violação não podem advir de uma presunção fundada em generalidades ou afirmações despidas de vinculação com a prova trazida[708].

Ademais, como tomada de posição, afirma-se que para as improbidades administrativas não incide, por analogia, a regra legislativa do art. 18, I, do Código Penal, segundo o qual o dolo apenas ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A construção de um modelo híbrido tem por alicerces a construção dogmática, não se prestando a ser uma costura legislativa cerzida com analogias injustificáveis. Assim, se o legislador do Código Penal, à luz da doutrina prevalecente à época, optou pela adoção de um conceito de dolo eminentemente volitivo, tal circunstância não implica em uma necessária transposição para outros ramos sancionatórios.

---

[708] Tratando do Direito Administrativo Sancionador na Espanha, mas com plena aplicação ao caso vertente: "[...] cuando se sostiene que la carga de la prueba de los 'hechos' corresponde a la acusación, o a la Administración, debe entenderse que nos referimos tanto a los hechos típicos de carácter objetivo, como, también, a los hechos típicos de carácter subjetivo, lo cual no goza de un cuerpo doctrinal tan asentado. (...) Al respecto, sería inimaginable que en Derecho penal se sostuviera una presunción (aunque fuera iuris tantum) de dolo o, alternativamente, de culpa en el reo. El Derecho administrativo sancionador, que, como reiteramos una vez más, comparte idéntica naturaleza que el Derecho penal, debe aceptar el mismo criterio. Por consiguiente, vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia trasladado al ámbito administrativo sancionador toda resolución en este contexto que no motive suficientemente la concurrencia de dolo o, como ocurre mayor parte de las ocasiones, de imprudencia en la infracción sancionada, sin que quepa en ningún caso presumir tales elementos [...]". GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador**, pp. 826-827.

As críticas a um conceito volitivo de dolo foram expostas no item 2.5. do trabalho e não devem ser lidas no sentido de que a vontade de praticar a conduta é inexistente nos casos dolosos ou irrelevante em sua constatação. Trata-se de uma questão de relevo dado a cada um dos elementos, entendendo-se não apenas admissível, mas necessário, que no caso da improbidade administrativa este acento recaia sobre o elemento intelectual ou cognitivo do dolo.

Conforme ressalta GONZÁLEZ LAGIER, a intenção do agente, "*[...] como os demais estados mentais ou fatos internos (as emoções, crenças, sensações, etc.), tem um modo subjetivo de existência (...) e não são diretamente observáveis por terceiros [...]*". Nem mesmo o agente pode, por vezes, ter plena consciência dos estados mentais que influíram em seu comportamento. Daí, essencialmente, a constatação de que não é possível afirmar, peremptoriamente, que alguém tenha agido com tal ou qual ânimo, senão por uma inferência indireta e, portanto, apenas indiciária[709].

Mais apropriada à realidade da improbidade administrativa é uma concepção de dolo que assume que "*[...] não é necessária a intenção de causar a outro um dano ou prejuízo [...]*", bastando que "*[...] se infrinja, de maneira consciente e voluntária, um dever jurídico que pesa sobre quem atua [...]*"[710]. A voluntariedade, aqui, remete ao fato de que a conduta tenha sido praticada – ou a omissão, incorrida – de forma intencional. Não se exige um estado mental próprio de que se tenha imbuído o agente, mas apenas que tenha agido

---

[709] "[...] Ahora bien, las intenciones, como el resto de estados mentales o hechos internos (las emociones, las creencias, las sensaciones, etc.), tienen un modo subjetivo de existencia (no independiente del sujeto que los experimenta) y no son directamente observables por terceros; sólo el propio sujeto que los siente parece tener un conocimiento directo de los mismos (que ni siquiera puede ser considerado infalible), a través de lo que se ha llamado consciencia (por el contrario, los hechos externos tienen un modo objetivo de existencia y pueden ser observados por terceros). Estas peculiaridades -entre otras- han suscitado entre los filósofos muchas dudas acerca de si los estados mentales son hechos en el mismo sentido que los hechos externos, acerca de cómo "encajan" en la concepción científica del mundo y acerca de cómo pueden ser conocidos por terceros. (...) Ante estas dificultades, la doctrina procesal y la jurisprudencia sostienen que los hechos psicológicos no son susceptibles de prueba directa, sino de prueba indirecta o de indicios. Esto es, nadie puede haber visto que un sujeto tenía una determinada intención (o una creencia, o una emoción), por lo que los estados mentales deben ser inferidos (o presumidos) a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias del contexto [...]". GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. La prueba de la intención y la explicación de la acción. *Isegoría*, N. 35, 2006, p. 174 (pp. 173-192).

[710] "[...] Para la existencia del dolo no es necesaria una específica intención de causar a otro un daño o perjuicio. Basta que se infrinja, de una manera consciente y voluntaria, un deber jurídico que pesa sobre el que actúa. En este sentido genérico, la idea de dolo pertenece no sólo al Derecho civil, sino también al Derecho penal y constituye una de las formas que reviste la culpabilidad, entendida como valoración que merece un acto antijurídico o un acto realizado con infracción del ordenamiento jurídico. El dolo es la realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico. Bajo este ángulo se habla de dolo en el Derecho penal y también en el Derecho civil [...]". PONCE DE LEÓN, Luis Díez-Picazo Y. **Fundamentos de Derecho civil patrimonial**. Volumen I (Introducción, Teoría del contracto, Las relaciones obligatorias). Madri: Tecnos, 1970, pp. 115-119.

conforme se propôs, de modo a preencher todos os elementos do tipo da improbidade, com pleno conhecimento. Nesta toada é que se deve ler o posicionamento adotado pelo STJ, no mencionado acórdão proferido no Recurso Especial nº 765.212/AC[711], quando se afirmou que "*[...] não se exige dolo específico, mas dolo genérico [...]*", ou seja, a "*[...] vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora [...]*"[712].

A questão assim posta suscita uma falsa dicotomia. A própria expressão dolo específico "*[...] como categoria, é errônea, e leva à confusão dogmática entre o dolo e o elemento subjetivo do tipo [...]*"[713]. De fato, o que se chama comumente de dolo específico nada mais é do que a presença, no próprio tipo penal, da exigência de um determinado estado mental por parte do agente; a busca por um fim específico ou um *animus* próprio, por exemplo. A falsa dicotomia aludida reside no fato de que o dolo segue sendo o mesmo, a prática voluntária de uma conduta que preenche todos os requisitos do tipo, com o pleno conhecimento de que o faz. Caso este tipo exija, dentre seus elementos, um certo estado mental, deverá a conduta preenchê-lo, do mesmo modo que deve ser alheia e móvel a coisa subtraída para configuração do furto. Tem-se uma questão eminentemente de tipicidade.

A grave consequência que pode advir – e tem advindo – de uma leitura açodada destes institutos é o salto que leva da exigência de dolo genérico a uma presunção de dolo, trilhando a ponte da "lesividade *in re ipsa*".

Melhor explicando a questão, o mesmo STJ, a partir da decisão no Agravo em Recurso Especial nº 419.769, em decisão monocrática do Ministro Herman Benjamin, assentou que "*[...] a fraude em licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa [...]*"[714], fazendo incidir a improbidade do art. 10, mesmo ausente prova concreta de que tenha havido lesão ao erário. O entendimento é fruto da transposição da regra da presunção relativa de lesividade oriunda do art. 4º da Lei nº 4.717/65, que trata da ação popular[715].

---

[711] Trata-se da decisão que pacificou o entendimento sobre o tema do dolo na improbidade administrativa, no âmbito da 2ª Turma do STJ, já referido e debatido no subitem 1.6.1..

[712] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212, p. 15.

[713] "[...] Como categoría, es errónea, y lleva a confusión dogmática entre el dolo y el elemento subjetivo del tipo [...]". TEIXIDOR, Duvi. En torno a la imputación subjetiva de comportamiento, p. 296. Tradução do autor.

[714] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 419.769, decisão monocrática do Min. Herman Benjamin, publicada em 06.06.2014.

[715] "[...] Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. I - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais. II - A operação bancária ou de crédito real, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas; b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação. III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou

Ocorre que, como afirma LUCIANO FERAZ, "*[...] a disposição tem o efeito prático (e jurídico) apenas de inverter o ônus de prova sobre a legitimidade das condutas, jamais de possibilitar a condenação ao ressarcimento sem efetivo dano ao erário [...]*"[716]. Ademais, como também recorda o autor, mesmo no âmbito da ação popular o STJ matizou a extensão desta presunção, exigindo-se demonstração inequívoca do efetivo dano ao patrimônio público, ao definir que "*[...] o fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato [...]*"[717].

Em nenhuma hipótese tal norma – afeta a uma demanda de caráter exclusivamente ressarcitório e, portanto, ausente caráter punitivo – poderia ser utilizada para embasar, como presunção relativa, a tipificação de conduta como ímproba.

A questão se agrava quando, sem uma construção teórica que dê suporte à tese, o mesmo STJ salta de uma "lesividade *in re ipsa*" para um "*dolo in re ipsa*", o que se vê textualmente no já mencionado voto do Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial nº 765.212/AC

> Tomando-se como exemplo a contratação de servidor sem concurso público, temos que o dolo está configurado se for manifesta a vontade de realizar

---

administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral; b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo; c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição. IV - As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos, V - A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais; b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação; c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação. VI - A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando: a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço; b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador. VII - A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais. VIII - O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando: a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerias: b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação. IX - A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie [...]". BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Regula a ação popular). Brasília, 29.06.1965. Acerca do tema, com profundidade: LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público**: Os Princípios Constitucionais da Legalidade e Moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 139-178.

[716] FERRAZ, Luciano. **Dano *in re ipsa*, sem lei, novo tipo de improbidade administrativa**. 04.05.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/interesse-publico-dano-in-re-ipsa-cria-tipo-improbidade-administrativa>. Acesso em: 01.05.2018.

[717] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 260.821, da 1ª Seção, rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 01.12.2011.

> conduta contrária ao dever de legalidade, pois é inequívoca a obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República). É dolo in re ipsa[718].

Há que ficar claro que não se pode admitir, sob hipótese alguma, que se presuma dolo em decorrência da mera violação normativa. Da violação objetiva da norma não exsurge, como algo dado na natureza, que a conduta tenha sido praticada com o conhecimento desta circunstância. Em outras palavras, para permanecer no exemplo do excerto mencionado acima, contratar servidor sem concurso público não é, *de per se*, ato ímprobo a teor do art. 11 da Lei nº 8.429/92, se não se desincumbir a acusação de comprovar que o agente tinha conhecimento de que realizava a contratação em discrepância da norma legal.

Pensar de forma distinta leva não apenas à banalização da aplicação da Lei nº 8.429/92, com a consequente redução de seu poder comunicativo e em vulneração dos direitos e garantias dos acusados, mas significa o ocaso do dever de motivação da decisão judicial condenatória. Suscitar a existência "dolo genérico", presumido em face da suposta obviedade da violação da norma ou do princípio da administração pública, "*[...] blindaria o julgador do dever de motivar sua decisão a partir do contexto fático [...]*". Assim, "*[...] 'no terreno pragmático', significaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a improbidade [...]*" e, "*[...] em outras palavras, a mera violação a norma, em relação a qual não se pode alegar desconhecimento, atestaria a conduta ímproba [...]*"[719].

Dito de outro modo, a passagem do dolo genérico à lesividade *in re ipsa* e desta ao dolo *in re ipsa* representa a pura e simples negação do dolo como elemento subjetivo necessário à configuração da improbidade. Sem expor com clareza o que se quer, responsabiliza-se objetivamente o agente, sob a aparência de aceitação da exigência do dolo.

Outra linha de raciocínio que implica burla ao requisito do dolo lança foco na ideia de lesividade *in re ipsa* em casos nos quais o dano ao erário não foi demonstrado, tampouco o dolo pôde ser presumido. Desloca-se a questão para a norma do art. 10 da Lei nº 8.429/92, imputando-se a improbidade a título de culpa, ante a negligência do agente. Tal se dá, por exemplo, em dispensas de licitação com ausência de fundamentação legal, quando os preços praticados nas aquisições se encontram dentro dos valores praticados no mercado. Protótipo desta construção pode ser visto em decisão monocrática da Ministra Assusete Magalhães, em que se afirmou, textualmente, que "*[...] constatada a presença do elemento subjetivo na*

---

[718] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212, p. 15.

[719] PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Improbidade administrativa e o dolo genérico**. 11.08.2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-11082015>. Acesso em 01.05.2018.

conduta do recorrido, a ausência de demonstração de efetivo dano ao erário não impede a configuração do ato ímprobo (...), pois, nesse caso, o dano é presumido [...]" e, em seguida, que "*[...] no entanto (...) não havendo comprovação de efetivo dano ao erário ou de enriquecimento ilícito do recorrido [...]*", deve ser mantida a decisão anterior, "*[...] no sentido de afastar as condenações impostas ao recorrido de pagamento de multa civil e de ressarcimento ao erário, mantendo-se as demais sanções impostas pela sentença [...]*"[720].

Conforme se pode notar, a argumentação assume ares de contrassenso, na medida em que, a um só tempo, afirma-se a ocorrência de dano – mesmo que presumido -, eis tratar de elemento do tipo do art. 10, para em seguida negar que se o tenha comprovado, afastando a ordem de ressarcimento, que seria decorrência natural de seu reconhecimento. Tal compreensão deve ser afastada em razão de uma das mais clássicas formulações filosóficas, o princípio da não-contradição, que traça suas raízes na clássica obra de Aristóteles[721].

Como explica JAN LUKASIEWICZ, "*[...] Aristóteles formula a lei da contradição de três maneiras, como uma lei ontológica, lógica e psicológica [...]*". Em sua primeira acepção, tem que "*[...] é impossível que o mesmo simultaneamente pertença e não pertença ao mesmo sob o mesmo aspecto [...]*". Como construção lógica, afirma que "*[...] o mais seguro de todos os princípios básicos é que asserções contraditórias não podem ser simultaneamente verdadeiras [...]*". Por fim, "*[...] não se pode crer que o mesmo simultaneamente seja e não seja [...]*"[722].

A concepção adotada pelo STJ, nesta linha, não se sustenta. Ou bem há dano, possível de ser mensurado – ainda que em fase de execução de sentença -, o que permite a aplicação do art. 10 da Lei nº 8.429/92, mesmo que a título de culpa, ou não há, afastando a possibilidade de subsunção da conduta àquele dispositivo legal e, por conseguinte, vedando a imputação culposa.

Para escapar destas armadilhas, o ponto de equilíbrio deve vir da ideia do agir consciente, do elemento intelectivo do dolo. Aqui há de residir o cerne do dolo na improbidade administrativa, o conhecimento de todos os elementos do tipo, bem como a

---

[720] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.582.022, decisão monocrática da Min.ª Assusete Magalhães, publicada em 20.11.2017, p. 10.

[721] Aristóteles trata da não-contradição sob vertentes distintas, nos livros III e IV de sua obra Metafísica. REALE, Giovanni. **Metafísica de Aristóteles**. Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 83-186.

[722] LUKASIEWICZ, Jan. Sobre a lei da contradição em Aristóteles. In: ZINGANO, Marco (Org.). **Sobre a Metafísica de Aristóteles**: textos selecionados. São Paulo: Odysseus, 2005, p. 2. Com maior profundidade, ver: ALMEIDA, Nazareno Eduardo de. Os princípios de verdade no Livro IV da Metafísica de Aristóteles. *Princípios*, V. 15, N. 23, 2008, pp. 05-63 e BARBOSA, Rafael Mello. Sobre o princípio de não-contradição: entre Parmênides e Aristóteles. *Anais de Filosofia Clássica*, V. 9, N. 17, 2015, pp. 13-25.

consciência de que, ao agir de determinado modo, viola-se a norma proibitiva. A questão atinente ao conhecimento do agente será objeto do próximo subitem. O ponto final do parágrafo acima, relativo à consciência de que se atua de forma ilícita, dialoga com o tema da má-fé como corolário da condenação por improbidade administrativa, matéria que será esmiuçada no subitem subsequente, concluindo a formatação do modelo de dolo da improbidade administrativa.

4.2.1. O dever de conhecimento do agente público na improbidade administrativa: conhecimento especial e posição de garante

Afirmar que o conhecimento deve ser o elemento fundante do dolo da improbidade administrativa exige compreender de qual conhecimento se fala, como se define este conceito. Expressão polissêmica[723], intui-se tratar de um processo mental pelo qual o sujeito representa internamente algum aspecto que apreende do mundo exterior, atualizando o repertório de conteúdos que já detinha ao nele acrescentar as novas informações.

O conhecimento geral, contudo, não se confunde com o conhecimento na teoria do dolo, eis que este segundo implica que não apenas um determinado conjunto de informações tenha sido apreendido pelo agente, mas que corresponda exatamente àquilo que o tipo do delito contém; nas palavras de LORENA VARELA, não se trata de um mero conhecimento sensorial, mas de conhecimento lógico. Este conhecimento difere, assim, da simples produção de representações no íntimo do sujeito, exigindo que outras operações mentais lhe sucedam, de modo a que se compreenda que aquelas circunstâncias constituem os elementos de um tipo de delito[724].

---

[723] "[...] No existe un solo concepto de conocimiento: usualmente, empleamos la expresión conocimiento para hacer referencia al proceso del entendimiento, la comprensión o la inteligencia, pero, también empleamos tal expresión cuando hacemos referencia a la información adquirida sobre algo a través de la experiencia sensorial, la intuición o la educación, esto es, el saber [...]". VARELA, Lorena. **Norma e imputación en el conocimiento del tipo**, p. 119.

[724] "[...] Traducidos rápidamente estos conceptos a la teoría del dolo, cuando definimos el conocimiento típico como la representación de la conducta que conducirá a la realización del riesgo en el resultado, o fórmulas similares, estamos indicando que el sujeto 'sabe' - en el sentido de 'actualiza su conocimiento' o 'es coconsciente de él' - que la conducta que él asume comporta la realización de un riesgo socialmente desvalorado. Lo que es necesario para el conocimiento típico, como se verá más adelante, es la consciencia o coconsciencia de lo típico, que es algo más abstracto que los actos de percepción y representación, esto es, un acto de comprensión de la lesividad según el contexto del hecho. Lo que esto significa es que no basta un conocimiento sensorial, y hasta a veces no es necesario, sino que es preciso un conocimiento lógico (no demasiado reflexivo) [...]". VARELA, Lorena. **Norma e imputación en el conocimiento del tipo**, p. 122.

A exigência de que o sujeito conheça as circunstâncias concretas da conduta e saiba que ao prosseguir com sua ação ou permanecer em omissão, comete a improbidade, não se confunde com o mero conhecimento das normas legais e constitucionais que regulam, genérica ou especificamente, as atividades da administração pública. É fundamentalmente diferente dizer que cabe ao agente saber que as contratações públicas exigem prévio procedimento licitatório e afirmar, sem outros elementos de prova em suporte, que diante do caso concreto, ele deveria saber que não estava configurada uma das hipóteses que autoriza, por exemplo, a dispensa de licitação ou a declaração de sua inexigibilidade.

Não se descura da regra básica, estampada no art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, segundo a qual "*[...] ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece [...]*"[725]. Ademais, comumente as leis e demais instrumentos que estabelecem o estatuto dos servidores públicos em cada âmbito da federação preveem, genericamente, obrigação de observância das normas legais e regulamentares[726].

Este conjunto de predições deve se compatibilizar, contudo, com as válvulas de abertura do sistema à realidade, igualmente previstas normativamente, especialmente as figuras do erro de tipo e do erro de proibição, institutos originalmente formulados no Direito Penal. O primeiro caracteriza-se pelo reconhecimento de que não há se falar em dolo se houver erro quanto "*[...] a elemento constitutivo do tipo legal [...]*"[727], admitindo-se apenas a imputação por culpa, se prevista em lei. No segundo, reconhece-se a possibilidade do próprio desconhecimento da lei proibitiva, o que não afeta diretamente a configuração do dolo, mas permite a isenção de pena ou sua redução, se inevitável ou evitável, respectivamente, o erro[728]_[729].

Se o conhecimento é "*[...] a representação correta ou verdadeira da realidade [...]*" ou "*[...] a relação de congruência entre a realidade e a representação mental [...]*", então "*[...] inversamente, o erro seria a representação incorreta ou falsa da realidade [...]*"[730].

---

[725] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Brasília, 04.09.1942, art. 3º.

[726] A título de exemplo, no âmbito federal, tem-se: "[...] Art. 116. São deveres do servidor: (...) III – observar as normas legais e regulamentares [...]". BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 116, III.

[727] BRASIL. **Código Penal**, art. 20, *caput*.

[728] BRASIL. **Código Penal**, art. 21.

[729] FREDERICO HORTA realizou profundo estudo acerca da natureza e dos efeitos sistemáticos do erro sobre os elementos normativos das leis penais, ver: HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 117-184.

[730] "[...] De modo general, se suele definir el conocimiento (1) como la representación correcta o verdadera de la realidad (inversamente, el error sería la representación incorrecta o falsa de la realidad) y también (2) como la relación de congruencia entre la realidad y la representación mental. La diferencia entre el primer concepto

Conforme ensina YAMILA FAKHOURI GÓMEZ, com o deslocamento do dolo para a tipicidade, no finalismo, levou-se junto "*[...] as representações errôneas do autor [...]*", desenvolvendo-se a teoria da culpabilidade, "*[...] que opera com um conceito de dolo natural: se produz a separação entre o dolo (no tipo do injusto) e a consciência da antijuridicidade [...]*". Assim, apenas "*[...] o erro de tipo excluiria o dolo [...]*", uma vez que "*[...] o conhecimento da realização do tipo constituiria um nível prévio de conhecimento em relação à antijuridicidade [...]*". Seria justificável, neste sentido, "*[...] o tratamento penal mais desfavorável para o autor que erra sobre a proibição [...]*" em razão da "*[...] denominada função de chamada do dolo [...]*"[731], mesma solução dada no ordenamento jurídico brasileiro, como salientado.

Há que se destacar que desconhecimento e erro não são, sob um ponto de vista psicológico, fenômenos idênticos. Uma coisa é dizer que o agente não tinha conhecimento que a empresa que apresentara os documentos para participar de uma licitação havia fraudado seus atos constitutivos; outra, diversa, que ele sabia serem verdadeiros, uma vez que assim informado por pessoa de sua confiança. No plano normativo, contudo, equiparam-se os efeitos em ambos os casos. A falta de representação de um aspecto da realidade ou sua apreensão em discrepância com a realidade significam, ao fim e ao cabo, que o agente não detinha, ao momento dos fatos, o conhecimento exigido para a imputação do dolo[732].

---

y el segundo es que el primero versa sobre el proceso mental o psicológico que lo engloba, mientras que el segundo lo hace sobre el proceso explicativo que lo define estrictamente y, como tal, no es un proceso mental, sino proposicional [...]". VARELA, Lorena. **Norma e imputación en el conocimiento del tipo**, p. 129. Tradução do autor.

[731] "[...] La evolución de una concepción objetiva del injusto a una concepción personal tuvo importantes consecuencias para la teoría del error. El traslado del dolo al tipo, que se desprende de un sistema final del delito, llevó consigo que las representaciones erróneas del autor tuvieran también eficacia en este ámbito. En tal contexto se desarrolla la teoría de la culpabilidad, que opera con un concepto de dolo como dolo natural: se produce la separación entre el dolo (en el tipo de injusto) y la conciencia de la antijuridicidad (como elemento autónomo de la culpabilidad). El resultado de ello sería que sólo el error de tipo excluiría el dolo. La idea que se encuentra detrás es que el conocimiento de la realización del tipo constituiría un nivel previo al conocimiento de la antijuridicidad y, con ello, de la plena culpabilidad. El tratamiento penal más desfavorable para el autor que yerra sobre la prohibición tendría su origen en la denominada función de llamada del dolo [...]". GÓMEZ, Yamila Fakhouri. Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad - Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal, pp. 6-7.

[732] "[...] Si, como habíamos mencionado, el conocimiento comporta una correspondencia entre la realidad y la aprehensión subjetiva de la realidad (o una correspondencia deficitaria en el conocimiento incierto), que encierra por ello un criterio de verdad (o de verdad parcial en el conocimiento incierto), entonces el desconocimiento, comportará la ausencia de correspondencia entre la realidad y la representación de la misma, y el error comportará la no correspondencia entre la realidad y la representación, se tratará de una incorrespondencia. Así, la ausencia de correspondencia significa una ausencia de aprehensión o evocación cognitiva de la realidad (desconocimiento/ignorancia/agnosia/nesciencia), mientras que la incorrespondencia significa una presencia de una representación equivocada de la realidad (error). Sin embargo, aunque desde el punto de vista psicológico no es la misma cosa 'no representarse la realidad' que "representarse la realidad de modo equivocado", usualmente en la teoría [...]". VARELA, Lorena. **Norma e imputación en el conocimiento del tipo**, p. 160.

A transposição destes institutos, com a devida matização, do Direito Penal para a órbita da improbidade administrativa é não apenas possível, mas plenamente justificável ante o modelo intermediário aqui proposto. Ademais, deduz-se que a própria jurisprudência já a vem admitindo, aqui e alhures[733], – ainda que em geral sem tratar pela nomenclatura própria -, quando reitera o sedimentado argumento segundo o qual "*[...] a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé [...]*"[734].

Inábil é o administrador que comete equívocos, mesmo que bem-intencionados, sem dirigir sua atuação ao cometimento deliberado do ato de improbidade administrativa. Em decisão mais clara, o mesmo Ministro Herman Benjamin relatou processo no qual afirmou-se que "*[...] o Tribunal regional, com base no contexto fático-probatório dos autos, entendeu que o simples erro ou engano do agente não deve ser enquadrado como ímprobo [...]*", razão pela qual, naquele caso concreto "*[...] inexiste comprovação de dolo ou culpa [...]*"[735]. De modo mais claro, a ideia de erro de proibição foi admitida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em caso no qual o assessor de comunicação de uma secretaria cumpriu ordens de seu superior hierárquico, que posteriormente foram consideradas ilegais, levando à sua condenação por improbidade, em coautoria com o próprio Secretário de Estado[736].

Também no campo legislativo a figura do erro encontrou recente densificação no plano da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.665/18, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. De forma indireta, admitiu-

---

[733] Ainda que cuidando de Direito Administrativo Sancionador na área tributária, é sintomático o reconhecimento da necessidade de absorção do instituto do erro em processos sancionatórios não criminais em países como a Espanha, conforme se vê adiante: "[...] si no hay responsabilidad objetiva, no es necesario que se haga constar expresamente el error de Derecho como causa que exonere de dicha responsabilidad, mas ello no significa que resulte irrelevante ni que la Ley 10/1985 lo haya excluido de los supuestos que eximen de responsabilidad por infracción tributaria. Precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una previa conducta culpable, es evidente que el error de Derecho -singularmente el error invencible- podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva, pero su falta de contemplación expresa en la norma no constituye defecto de inconstitucionalidad [...]". ESPANHA. Tribunal Constitucional de España, Pleno, Sentencia 76/1990, julgado em 26 de abril de 1990.

[734] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.666.307, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28.11.2017, publicado em 19.12.2017. O tema da má-fé será objeto de investigação, conforme já dito, em seguida.

[735] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 38.755, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07.05.2013, publicado em 23.05.2013. Há que se destacar que o recurso especial não foi conhecido pois, no entendimento do relator, para tanto seria necessário revolver matéria fático-probatória, o que esbarraria no óbice do enunciado nº 7 da Súmula do STJ. Contudo, justifica-se o apontamento da decisão ainda assim, dado que a admissão ou não do erro como modalidade de afastamento do dolo é matéria de direito, não de fato. Portanto, entendesse o STJ pela inaplicabilidade do instituto, poderia ter reformado a decisão, sem qualquer necessidade de adentrar no campo probatório.

[736] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível nº 13506, da 5ª Turma Cível, rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 06.05.2010, publicado em 10.05.2010.

se as limitações de conhecimento do agente público em seu art. 20, quando diz-se que ao analisar a regularidade de sua conduta, devem ser "*[...] consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente [...]*"[737]. Uma das circunstâncias que objetivamente podem limitar ou condicionar uma conduta é falta de disponibilidade de informação precisa sobre aquilo acerca do qual deve haver decisão. Mais adiante, com sentido claro, determina-se que "*[...] o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro [...]*"[738]. Se há responsabilidade nos casos de dolo e erro grosseiro, a *contrario sensu* essa não incide se o erro for considerado tolerável, escusável ou, ao menos, não grosseiro[739].

Merece ainda alguma reflexão o cenário em que o erro recai sobre um elemento de valoração global do injusto. Como ensina YAMILA FAKHOURI GÓMEZ, distingue-se o erro quanto a estes, daquele que ocorre em relação a outro elemento do tipo, na medida em que "*[...] o conhecimento dos primeiros se identificaria com o conhecimento da antijuridicidade formal da conduta [...]*"[740]. Assim, quando a Lei nº 8.429/92 tipifica, por

---

[737] "[...] Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1°. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente [...]". BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

[738] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 28.

[739] Conforme leciona Napoleão Nunes Maia Filho, tratando do conceito de erro grosseiro na interposição de um recurso por outro – mas em ponderações plenamente aplicáveis a uma definição do que constitui tal instituto – tem-se que "[...] o problema conceitual adquire maior relevância quando o julgador se dedica, obviamente sem preconceito, a examinar qual seria o contorno intelectivo da grosseria do erro, ou seja, quando aplica a sua reflexão ao adjetivo (grosseiro) e não apenas ao substantivo (erro), pois a inibição cognitiva deriva daquele termo (do adjetivo) e não dest´outro (do erro); pode-se dizer, assim, que o erro seria desculpável, se não for grosseiro, isto é, tosco, aberrante, exótico, beirando a irracionalidade operacional; fora dessas hipóteses, seria o erro escusável e relevável (não grosseiro). Se o julgador se interessar intelectualmente pela compreensão da ocorrência do alegado erro, verá que essa compreensão é essencialmente subjetiva, ou seja, está na mente do sujeito cognoscente (ou do observador) e não objetiva, isto é, na própria realidade material ou concreta a ser considerada; em outras palavras, o erro é sempre da percepção do observador, pois ele (o observador) é quem classifica a realidade como erro, o que leva à conclusão que se trata de algo lógico. Mais complexa (ainda) será a sincera apreensão da grosseria de um erro, pois talvez somente os espíritos que não têm dúvida sobre a realidade (ou mesmo dúvida sobre nada) poderão afirmar, com base na própria ciência das coisas, que determinado erro é grosseiro, enquanto outro não o é; isso seria, porém, uma postura autoritária, incompatível com a justiça e com a sua forma processualizada na atividade dos julgadores [...]". MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Erro grosseiro**. Diário do Nordeste, Opinião, 27.07.2014. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/opiniao/erro-grosseiro-1.1066428>. Acesso em 01.05.2018.

[740] "[...] La proximidad de los niveles de la tipicidad y la antijuridicidad queda patente igualmente en el desarrollo por parte ROXIN de la categoría de los elementos del deber jurídico. En opinión de este autor, los elementos de valoración global se distinguirían de los elementos normativos porque el conocimiento de los primeros se identificaría con el conocimiento de la antijuridicidad formal de la conducta. De este modo, elementos tales como «conforme a Derecho» del § 113, 'sin autorización' del § 202, entre otros, o 'reprochable' del § 240 II, no sólo servirían a la descripción del hecho, sino que incluirían también el juicio sobre la antijuridicidad [...]". FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. Op. Cit., p. 16. Tradução do autor.

exemplo, "dispensar indevidamente" processo licitatório ou processo seletivo [741], o conhecimento sobre tal elemento – indevidamente -, na visão majoritária da doutrina penal, implicaria reconhecer apenas o erro de proibição, com eventual mitigação no sancionamento, mas não o erro de tipo.

Se já há reservas quanto a tal conclusão na seara estritamente penal – sendo mais coerente reconhecer a ausência de dolo decorrente do desconhecimento quanto à descrição típica, ainda que referida aos elementos de valoração global do injusto -, é certo que a questão se torna mais grave no âmbito da improbidade administrativa, uma vez que parte significativa dos tipos são construídos com referências que constituem elementos de valoração global do injusto, do tipo "sem observância das formalidades legais e regulamentares"[742], "despesas não autorizadas em lei ou regulamento"[743], "sem a estrita observância das normas pertinentes"[744], dentre outros.

A questão se resolve no que pertine à improbidade administrativa, sem necessidade de infirmar a posição mais aceita da dogmática penal, quando se considera a necessidade concomitante de que o ato tenha sido praticado com má-fé, o que será objeto de reflexão no subitem 4.2.3. e no item 4.3., adiante.

Esclarecida a questão atinente ao erro, importa, para avançar, compreender qual o dever que recai sobre o funcionário público, entendido em sentido lato, de conhecer mais amplamente algumas questões do que os cidadãos em geral[745]. Fala-se aqui em um dever ou

---

[741] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 10, VIII.
[742] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 10, III e VII.
[743] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 10, IX.
[744] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 10, XI.
[745] É certo que há um dever geral de conhecimento que também vai além da estrita descrição típica, do dever de apenas conhecer as normas que proíbem condutas. Assim, na linha do que ensina JAKOBS, não é suficiente saber que não se deve matar alguém; mas também compreender que um tiro disparado contra partes vitais de uma pessoa podem levar a este resultado. "[...] No basta sólo con el conocimiento de que no se debe lesionar a los demás; también hay que saber lo que es «lesionar», es decir, que un golpe fuerte genera daños, que existen venenos y su ingestión lesiona, que las caídas producen lesiones, que la administración de alcohol a niños provoca ebriedad en ellos, etc. Además, es necesario dominar las leyes de la lógica y de las matemáticas. Cuando dos gotas de un medicamento carecen de efecto, diez curan y treinta lesionan, hay que saber contar para obtener resultados planificables, y si se quiere convertir en realidad los planes perseguidos, es imprescindible que se sepa construir el silogismo de que si una sustancia es nociva para todos los seres humanos y X es un ser humano, la sustancia es nociva para X. Dicho en otros términos: cuando una persona tiene la voluntad de conducirse de modo acorde con la norma, sólo lo logrará si, además, en primer lugar conoce el tenor de la norma y, en segundo lugar, cómo se cumple ésta [...]". JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Cuadernos Civitas, 2003, p. 82. Vale ressaltar que, se no que toca ao erro a proposição parece levar a resultados questionáveis, há quem sustente que a incidência de uma causa de justificação quanto a estes elementos de valoração global do injusto poderiam afastar a imputação objetiva, levando, por outra via, ao mesmo resultado de atipicidade que o erro de tipo permitiria, sem a possibilidade de que a conduta seja imputada a título de culpa. Ausente a criação de um risco juridicamente desaprovado, não se poderia quiçá cogitar de ato típico. Nesta linha é a explanação de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: "[...] entre ellos, en

incumbência qualificados de conhecimento, um ônus que se impõe às pessoas que exercem determinados papeis sociais ou que produzem certos riscos; os chamados conhecimentos especiais[746]. O tema tem relevo uma vez que, por vezes, confunde-se as ideias de conteúdo do dolo – que é o conhecimento dos elementos do tipo – com o fundamento de imputação – "*[...] a infração, seja a um dever de abster-se de realizar o tipo (...) com conhecimento, seja a um dever de conhecer [...]*"[747]. Assim, ainda que se possa reprovar, eventualmente até sob o ponto de vista jurídico – desde que haja normas próprias para tanto – aquele que infringe um dever de conhecimento, não se pode dar o salto de presumir o dolo apenas em razão deste descumprimento. O descuido ou desleixo que se reconhece daquele que, devendo conhecer certo conjunto de informações, deixa da fazê-lo e, posteriormente, comete de modo inconsciente um fato típico, encontra-se no campo da culpa; trata-se de negligência ou, no limite, de imprudência, mas jamais de dolo.

Cabe deixar claro, desde já, que há uma diferença marcante entre o dever de conhecer, que exsurge de um determinado papel exercido por alguém, e os conhecimentos especiais que por acaso aquele sujeito detenha, que vão além do que se lhe exige[748]. Imagine-

---

particular, en aquellos en los que el legislador define el comportamiento típico sirviéndose de elementos de valoración global del hecho (gesamttatbewertende Merkmale). En estos tipos delictivos, la concurrencia de una causa de justificación cualquiera o, al menos, de determinadas causas de justificación (sin duda, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber) excluye el propio comportamiento típico y, en suma, la imputación objetiva del resultado lesivo que pueda haberse producido. Es cierto que los elementos de valoración global del hecho han dado lugar a discusión básicamente desde la perspectiva de las doctrinas del error. Sin embargo, parece claro que, de modo previo a la discusión acerca del alcance del dolo en estos tipos delictivos, debe profundizarse en la estructura del nexo de imputación objetiva en ellos. En concreto, que para que el resultado resulte objetivamente imputable a la conducta del agente, dicho resultado debe a su vez constituir la expresión de la conducta en tanto que esta realiza tales características. No cabe descartar en este punto rupturas del nexo de imputación objetiva. Entre otras, desde la perspectiva del fin de protección de la norma O del comportamiento alternativo adecuado a Derecho (alternativamente, incremento del riesgo) [...]". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. In: GIMBERNAT ORDEIB et al (Ed.). **Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas**. Tomo I. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 503 (pp. 487-504).

[746] "[...] La posibilidad de conocimiento, también llamada cognoscibilidad (Erkennbarkeit), cuando depende del sujeto es entendida como la capacidad de conocer basada en un deber o incumbencia (el deber de conocer o incumbencia cualificada de conocer será aquél que pesa sobre determinados profesionales y la mera incumbencia de conocer será la que acompañe al sujeto en una situación de potencialidad lesiva) [...]". VARELA, Lorena. **Norma e imputación en el conocimiento del tipo**, p. 294.

[747] "[...] Mientras que el contenido del dolo siempre será el conocimiento típico, el fundamento de la imputación siempre se tratará de la infracción ya sea a un deber de abstenerse de realizar el tipo penal con conocimiento o ya sea a un deber de conocer. De este modo, quien tiene el deber de conocer que asume determinado riesgo socialmente desaprobado, cuando infringe dicho deber todavía no realiza el tipo penal si tal infracción no se basa en algún grado de conocimiento de la misma infracción. Una cosa es el conocimiento típico y otra cosa es el conocimiento del deber de conocer [...]". VARELA, Lorena. **Norma e imputación en el conocimiento del tipo**, p. 365. Tradução do autor.

[748] IRURZUN MONTORO, Fernando. Función pública, instrumento de prevención de la corrupción. In: BETANCOR, Andrés (Dir.). **Corrupción, corrosión del Estado de Derecho**. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 189-218.

se o motorista de uma autoridade pública, cujo dever de conhecer limita-se às questões relativas à boa condução e manutenção do veículo de propriedade pública. Por um interesse pessoal, desconectado com suas atribuições profissionais, aprofundou-se no estudo do Direito Financeiro, uma vez que pretende prestar concurso para o Tribunal de Contas. Ao conduzir a autoridade de um local a outro, entreouve uma determinação dada por telefone, para que seja realizada uma operação com as receitas públicas que, por acaso, ele sabe ser ilegal. Em uma situação como esta, não faria sentido atribuir-lhe, a título de omissão, uma conduta dolosa ao ter se abstido de denunciar a autoridade. A uma, pois não exerce posição de garante, mas a duas – no que importa para o exemplo -, porque o conhecimento especial de que dispõe não está abarcado pelo dever de conhecimento exigido para seu cargo[749]_[750].

Quando se fala em conhecimento especiais do funcionário ou agente público – expressão contida na Lei nº 8.429/92 -, pensa-se não apenas daquele servidor estável, concursado, mas de "*[...] todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função [...]*" em quaisquer entidades da "*[...] administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território [...]*" ou ainda "*[...] de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual [...]*"[751]. A este grupo de pessoas reconhece-se, em certa medida, uma posição de garante[752], do que decorre um dever de conhecimento específico, e a obrigação de que não se omitam diante de determinadas circunstâncias, a chamada omissão imprópria[753].

---

[749] "[...] El hombre debe ser mirado como portador de un rol, porque las expectativas de comportamiento se esperan de acuerdo con los deberes y obligaciones que el status genera, independientemente del sujeto individual que lo ocupe. En consecuencia, los conocimientos especiales que un hombre posea, por encima de los que tendría el titular normal del rol, no cuentan al momento de la imputación. Por ello, tampoco cabrá hacer distinción entre delito doloso y el culposo, porque la determinación de si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado, es independiente de la finalidad buscada por el sujeto. La posición de garante, que tradicionalmente sólo era un elemento de los delitos de omisión, pasa a consistir también un elemento esencial en los delitos de comisión. Si el ciudadano sólo está obligado a realizar aquello que se enmarca dentro de su rol, sólo responderá si estaba dentro de su competencia evitar un determinado resultado [...]". ALBERTO DAL DOSSO, Dario. **Teoría de la imputación objetiva**, p. 61.

[750] Em sentido contrário, veja-se: VACCHELLI, Ezequiel. En los límites del rol: El problema de los conocimientos especiales en los funcionarios públicos. *InDret*, N. 4, 2017, pp. 1-41.

[751] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, arts. 1º e 2º.

[752] Conforme ensina GÜNTHER JAKOBS, a posição de garante, enquanto categoria normativa, foi desenvolvida como forma de compatibilizar na dogmática penal a ação e a omissão. Cf. JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Tradução do Capítulo IV de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madri: Thomson Civitas, 2004, pp. 187-188.

[753] Como lembra ZAFFARONI, a posição de garante é uma teoria desenvolvida originariamente por NAGLER, pela qual, nos "[...] impropios delitos de omisión (...) el autor se encuentra en posición jurídica de cuidador,

A posição de garantia pode decorrer de uma conduta prévia praticada pelo agente ou das "*[...] estreitas comunidades vitais [...]*", que são suas fontes informais. Assim, o progenitor ocupa posição de garante em relação ao descendente, assim como aquele que causa um acidente automobilístico quanto à vítima. Mas também pode ser estabelecida por lei ou contrato, consideradas fontes formais[754]_[755].

No caso do agente público que ocupa funções que não são de controle e fiscalização, poderia se falar em uma posição de garante de vigilância, o que, na classificação de ARMIN KAUFMANN, refere-se aos "*[...] encarregados de velar para que uma fonte de perigo não afete bens jurídicos potenciais [...]*"[756]. Para estes, surge um dever positivo de zelar para que os bens jurídicos não sofram ataques ou sejam colocados em risco de lesão, contribuindo para manter hígida determinada atividade considerada essencial para a vida social[757].

---

vigilante, conservador, evitador de peligros para el bien jurídico, es decir, garantiza ese bien jurídico (su integridad). Vale decir que se halla respecto del bien jurídico en lo que la doctrina contemporánea llama la 'posición de garante' (Garantenstellung) [...]". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de **Derecho Penal**: Parte General. Tomo III, p. 459. Como define MATA BARRANCQ, "[...] para poder atribuir al sujeto una responsabilidad por el delito — hablamos de delitos comunes — aplicable en función del resultado producido — que él no ha evitado —, junto a los tres elementos que definen la omisión pura — no hacer, capacidad de actuación y obligación de hacerlo —, reinterpretados o complementados los dos últimos por la producción de un resultado — causal y objetivamente imputable a la omisión — y la capacidad para evitarlo, en relación con la equivalencia requerida legalmente entre no evitabilidad y causación, se exige también una posición de garantía — que a su vez determina lo que ha de entenderse en este contexto por situación típica, bien concretada conforme a la teoría de las funciones (...), que no varían en esencia los supuestos que aquélla comprende de vinculación natural, estrecha relación comunitaria, asunción voluntaria de tutela, comunidades de peligro, ley, contrato o injerencia — para poder hacer responsable al sujeto de ese resultado [...]". MATA BARRANCO, Norberto J. de la. El funcionario público ante el Derecho penal. *Revista Jurídica de Castilla y León*, N. 20, 2010, pp. 20-21 (pp. 13-78).

[754] "[...] Guiada por esta idea, inicialmente acudió a las fuentes jurídicas, postulando una teoría de los deberes que menciona a la ley y al contrato como fuentes formales, y al hacer precedente y las estrechas comunidades vitales como fuentes informales. Ambas clases de fuentes hacen surgir en el agente un deber de responder [...]". VACCHELLI, Ezequiel. Op. Cit., p. 10. Tradução do autor.

[755] "[...] El segundo método consiste en la conexión con deberes constitutivos del delito que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente no evitadora del resultado típico se conmina con pena. El legislador se sirve de este método sobre todo en los casos en que lo decisivo para él no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social por él asumido. En tales casos figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio del hecho. Yo hablo en este caso de delitos de infracción de deber [...]". ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Tradução da 1ª Ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañon e Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014, pp. 179-180.

[756] "[...] La teoria de las funciones, por su parte, diseñada en sus trazos fundamentales por ARMIN KAUFMANN postula la muy difundida distinción entre garantes de protección y garantes de vigilancia. Los primeros, encargados de defender un bien contra posibles lesiones; los segundos, encargados de velar por que una fuente de peligro no afecte bienes jurídicos potenciales [...]". VACCHELLI, Ezequiel. Op. Cit., pp. 10-11. Tradução do autor.

[757] VACCHELLI, Ezequiel. Op. Cit., p. 12.

A grande dificuldade que se coloca está na interpretação dos limites materiais da responsabilidade advinda da infração aos deveres positivos do garante de vigilância. Ao contrário da responsabilidade que recai sobre o cidadão comum que viola seu dever negativo de se abster de lesar bens jurídicos alheios – *neminem ledere* –, a infringência ao dever positivo de vigiar os bens jurídicos de quem ocupa uma posição especial – como o agente público – não acarreta, *de per se*, a imputação do resultado lesivo decorrente da conduta de terceiro[758]. O agente público não é, apenas por sua condição, corresponsável por todo e qualquer ato de improbidade administrativa que ocorra no seio da administração, mesmo que praticadas em áreas afetas ao seu poder hierárquico.

Estando diante de um direito fundamentalmente punitivo, o modelo intermediário que aqui se desenha há que trazer a regra de imputação penal, da estrita tipicidade, pela qual "*[...] no marco da responsabilidade institucional, a quebra do dever positivo especial acarretará responsabilidade [...]*" apenas quando tal condição estiver expressamente prevista na lei, "*[...] como uma omissão pura de garante, sem descartar-se que a infração ao dever possa, além disso [...]*" ser apurada "*[...] pela via disciplinar ou administrativa [...]*"[759].

Nesta linha de raciocínio, quando se afirma que o agente deveria ter tido certo conhecimento e não o tinha, tal constatação não autoriza a imputação, a título de dolo, do resultado ímprobo eventualmente apurado. Pensar o contrário, em um plano metajurídico, afastaria da vida pública boa parte dos administradores honestos, imbuídos de boas

---

[758] As complexas relações entre o *intraneus* e o *extraneus*, do ponto de vista do debate da autoria e participação, são analisadas em profundidade por RICARDO ROBLES PLANAS, em: ROBLES PANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices**: La intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007, pp. 105-155.

[759] "[...] Pero ni está tan claro que la infracción de un deber positivo especial sea estructuralmente equivalente a la infracción de un deber negativo, ni que no se vulnere el principio de legalidad al no exigirse la tipificación expresa de los ataques del obligado especial a la institución. En rigor, el sólido planteamiento dogmático de parte de la doctrina ha comprobado que la posición de garantía del funcionario público no se caracteriza por su eventual responsabilidad al lesionar bienes jurídicos en el desempeño de sus funciones, sino por la realización del contenido concreto de la institución estatal frente a la ciudadanía. Al fundamento de la posición de garante del funcionario público no subyace entonces, la estructura de la responsabilidad por organización, es decir, un deber negativo de no lesionar. En el marco de la responsabilidad institucional, el quebrantamiento del deber positivo especial acarreará responsabilidad penal solo cuando este se encuentre contemplado en el Código penal como una omisión pura de garante, sin descartarse que la infracción del deber positivo pueda, además, discurrir por vía disciplinaria o administrativa. Las omisiones puras de garante, como tales, no dan lugar a la imputación del resultado, del mismo modo que sucede con las omisiones puras de ciudadano. Quien no socorre a una persona desamparada en peligro grave y manifiesto, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio o para terceros, responderá por su insolidaridad para con la víctima solo si la omisión de socorro se encuentra sancionada en el ordenamiento del que se trate. No existe una identidad estructural con la comisión: el agente no responderá por el resultado lesivo — la muerte del accidentado — sino por la infracción de un deber de solidaridad tipificado legalmente en el Código penal [...]". VACCHELLI, Ezequiel. Op. Cit., p. 13. Tradução do autor.

intenções, eis que dificilmente aceitariam tal condição draconiana; além de implicar frontal violação à ideia segundo a qual há de se responsabilizar por uma conduta dolosa quem a pratica ao menos com conhecimento das circunstâncias que a delimitam.

4.2.2. Atribuição de conhecimento, delegação do conhecimento e cegueira deliberada

Estabelecidas as premissas segundo as quais a obrigação de conhecer não permite a presunção de que efetivamente o agente detinha tal conhecimento e, em razão do caráter punitivo das improbidades administrativas, a mera violação do dever de conhecer não acarreta responsabilização pela conduta em si, o próximo passo diz respeito a verificar quais condições devem ser observadas para que se autorize atribuir a alguém um conhecimento específico. Conforme dito no item 2.5.3., o conhecimento que alguém detinha a tempo da realização de uma conduta não é possível de ser aferido de modo empírico. Mais do que "descobrir" o que o agente sabia ou não sabia, cabe efetuar um juízo de atribuição. Tal exercício, na construção de RAGUÉS I VALLÈS, passa por quatro etapas ou modalidades de conhecimentos cujos conteúdos podem ser atribuídos.

Inicialmente, a mera vida em sociedade permite deduzir que cada indivíduo dispõe de conhecimentos mínimos, atribuíveis a qualquer "pessoa normal". A normalidade aqui, como ensina o autor, equivale à imputabilidade. Assim, admite-se que qualquer adulto imputável sabe, por exemplo, que ao desferir um golpe contra uma pessoa, coloca-se em risco sua incolumidade física. Afastar este conjunto de conhecimentos mínimos é ônus da parte que alega o desconhecimento, vez que a regra, até demonstração em contrário, é a de que superada a idade legal, todos são imputáveis[760].

A segunda modalidade diz respeito à transmissão prévia de conhecimentos. Nas palavras de RAGUÉS I VALLÈS, quando "*[...] se acredita que com anterioridade à realização do comportamento típico, ao seu autor tenham sido transmitidos determinados conhecimentos [...]*", é possível assumir que o autor "*[...] siga contando com eles no momento posterior, em que efetivamente leva a cabo o comportamento [...]*"[761]. Um exemplo que ajuda a compreender o conceito se dá com a transmissão dolosa de doenças. Enquanto

---

[760] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, pp. 379-387.

[761] "[...] si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento [...]. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 403. Tradução do autor.

compõe o conhecimento mínimo atribuível a toda pessoa imputável, saber que certas doenças comuns são transmissíveis por determinadas formas de contato, é preciso demonstrar que o agente sabia de sua condição de portador daquela doença, em momento prévio à realização de conduta que a transmite a terceiro. Caso seja possível demonstrar que tomou contato com o resultado positivo de seu exame, tendo, portanto, sido transmitido aquele conhecimento antes do ato típico, é de se afirmar que quando da prática da conduta, permanecia ciente da situação. Ao contrário da regra dos conhecimentos mínimos, o ônus da prova neste caso recai sobre quem afirma que determinado conjunto de conhecimentos estava disponível ao sujeito previamente ao cometimento da ação[762].

Mais do que isso, há que se reconhecer, pela simples constatação empírica de como funciona a mente humana, que as pessoas não apreendem tudo aquilo que lhes é transmitido, tampouco guardam em sua memória, de forma perene, o conhecimento que um dia absorveram, e, quando o fazem, muitas vezes constroem em seu íntimo versões paralelas da realidade sobre aquilo que apreenderam[763]. ULRIC NEISSER, um dos mais reconhecidos estudiosos da memória, afirma que por muitos anos a abordagem científica sobre o tema, à qual denomina estruturalista, refletia a clássica metáfora do armazém. Nesta linha, "*[...] diz-se que as pessoas 'colocam' a informação na memória em um momento e a 'retiram' em outro, assim como objetos valiosos podem ser depositados e resgatados posteriormente [...]*". Desta abordagem derivou-se uma série de questões, empiricamente colocadas à prova, sobre quanta informação caberia neste armazém, se a informação se perderia lá dentro com o passar do tempo e, finalmente, se ao ser retirada, alguma alteração teria transcorrido em seu conteúdo. Mais recentemente, contudo, com o desenvolvimento da neurociência, tais temas passaram a poder ser analisados com um ferramental mais poderoso, permitindo concluir que não existe um armazém passivo, mas sim "*[...] um complexo dinâmico de sistemas que interagem entre si e que apenas agora começamos a compreender [...]*"[764].

---

[762] Em extensa coletânea sobre a prova nas acusações de corrupção em geral, ver JAREÑO LEAL, Ángeles; DOVAL PAIS, Antonio (Dir.). **Corrupción pública, prueba y delito**: cuestiones de libertad e intimidad. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

[763] Acerca das memórias falsas, veja-se KAHNEMAN, Daniel. **Thinking Fast and Slow**, pp. 60-61.

[764] "[...] In the storehouse metaphor, people are said to `put information' into memory at one time and `take it out' again at another, just as valuable objects can be put into storage and later retrieved. This familiar metaphor has generated many useful questions over the years: how much information can the brain's storehouse hold? Could there be several of them? If so, do they have different properties and different capacities? Until recently, such questions were largely metaphorical. Today, however, neuroscience is moving beyond metaphor to uncover the real mechanisms responsible for information storage in the brain. Instead of a passive storehouse, there is a dynamic complex of systems that interact in ways we are only now beginning to understand [...]". NEISSER, Ulric. The ecological study of memory. *Philosophical transactions - Royal Society*, V. 352, N. 1362, 1997, p. 1697 (pp. 1697-1701). Tradução do autor.

A mudança de paradigma afasta "*[...] a visão tradicional da memória [...]*", segundo a qual ela seria "*[...] como um arquivo de filmes no disco rígido de um computador [...]*"[765]. Como destaca LEONARD MLODINOW, "*[...] nos tempos modernos, o ponto de partida para a compreensão de como a memória funciona é a percepção (...) que a mente é continuamente bombardeada por uma quantidade de dados tão grande que não consegue lidar com tudo [...]*"[766], o que faz com que, por mera necessidade, tenha-se desenvolvido mecanismos mentais pelos quais abre-se mão de uma apreensão exata e completa da realidade, em prol de uma capacidade maior de organização da informação e seleção daquilo que parece ser mais relevante[767].

O tema em debate ganha relevância no campo das improbidades administrativas, na medida em que, tanto uma aplicação radical da ideia segundo a qual todo conhecimento transmitido permanece de forma íntegra na memória, quanto seu oposto, de que não se pode assumir que qualquer conhecimento tenha aderência, levam a paradoxos insolúveis. No primeiro caso, a presunção de que o agente detinha o conhecimento levará, sem que isso seja necessariamente verdade, ao reconhecimento do dolo e, com isso, a uma condenação que pode ser injustificada. No segundo, cria-se um obstáculo praticamente intransponível à aplicação da Lei nº 8.429/92.

Se a questão se mostra desta forma, cabe ao Direito reconhecer as limitações de memória humana, desenvolvendo ferramentas pelas quais seja possível que o conhecimento relevante, quando transmitido, tenha maiores chances de persistir na memória de seu destinatário. Para RAGUÉS I VALLÈS, é possível assumir que "*[...] uma transmissão prévia de conhecimento é apta à imputação de tais conhecimentos no momento posterior e realização do comportamento típico [...]*" nos casos em que "*[...] a importância dos conhecimentos que foram transmitidos exclui, desde um ponto de vista social, a possibilidade de seu esquecimento [...]*"[768].

---

[765] MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: Como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 71.

[766] MLODINOW, Leonard. Op. Cit., pp. 76-77.

[767] As limitações da memória têm sido suscitadas em diversos estudos quanto à valoração da prova testemunhal. Uma das mais acuradas explanações do estágio atual do tema encontra-se em BENFORADO, Adam. **Unfair**: The new science of criminal Injustice. New York: Crown Publishers, 2015, pp. 108-132.

[768] "[...] Estas ideas se resumen en la siguiente afirmación: una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales concomimientos en el momento posterior de la realización del comportamiento típico cuando la importancia de los conocimientos que han sido transmitidos excluye, desde un punto de vista social, la posibilidad de su olvido [...]". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 407. Tradução do autor.

Seria possível admitir, nesta linha, que há uma expectativa vulgar e difusa de que certas questões, ante sua clara relevância para quem quer que com elas tome contato, persistiriam na memória de forma indelével. O exemplo mencionado pelo autor, resgatando a discussão em torno da transmissão proposital de doença contagiosa, é o fato de que antes de manter relações sexuais desprotegidas, o sujeito tenha recebido um teste positivo para a presença de HIV. Tal notícia, indiscutivelmente, não é algo de que se esqueça, ante o intenso impacto que traz à pessoa[769].

A falha desta construção – como de resto, de praticamente toda construção que se assenta, ao fim e ao cabo, no bom senso ou em uma noção de senso comum – é que dificilmente se pode tornar objetiva a avaliação sobre o que é relevante e o que não é. Ademais, ao contrário do teste para a detecção de uma doença, que por conhecimento mínimo pode-se admitir ser relevante para qualquer pessoa imputável, os temas em torno dos quais gira o debate nos casos de improbidade administrativa não são tão óbvios.

Um prefeito pode receber um alerta do Tribunal de Contas do Estado, por ofício protocolado em seu gabinete, dando conta de que, no acompanhamento concomitante das despesas da prefeitura, apurou-se que os gastos com determinada rubrica estão extrapolando os limites prudenciais. Caso mantido o nível de despesas, ao final do exercício seria possível apurar uma violação qualquer da Lei de Responsabilidade Fiscal, acarretando eventual acusação da prática de improbidade administrativa[770].

Uma leitura simplista da regra de transmissão prévio de conhecimento faria crer que, ao ter sido alertado, não poderia o prefeito sustentar ignorância com relação aos fatos, do que decorreria, caso não houvesse redução nos gastos dali em diante, no reconhecimento de dolo na conduta.

A realidade, contudo, não corrobora este tipo de interpretação dos fatos. A vasta quantidade de documentos que passa pelas mãos de um administrador – da menor cidade à Presidência da República -, impede assumir a ficção de que todos os conteúdos ali expostos serão apreendidos de acordo com o grau de relevância que cada um ostenta.

Em função desta constatação, recomenda-se avançar em relação à sugestão de RAGUÉS I VALLÈS, trazendo para a argumentação o conceito de "memória flash", advindo

---

[769] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, pp. 405-406.

[770] O raciocínio aplica-se a uma miríade de exemplos costumeiramente observados na gestão pública, como é o caso da instauração de inquérito civil por parte do Ministério Público, chamando a autoridade para celebração de termo de ajuste de conduta.

da Psicologia Cognitiva (*flashbulb memory*)[771]. A ideia foi apresentada por ROGER BROWN e JAMES KULIK em 1977, descrevendo o fenômeno pelo qual, quando diante de um evento com alto grau de singularidade, com potencial de desencadear níveis significativos de surpresa e emoção, aumenta-se substancialmente a capacidade de apreensão e retenção de uma memória[772]. A pesquisa que levou à conclusão buscou apurar qual o nível de precisão das memórias que as pessoas guardavam do dia em que Kennedy havia sido assassinado[773].

Ainda que pesquisas posteriores tenham apurado que mesmo as memórias flash ostentam algum grau de imprecisão[774], é indiscutível que, por regra, pode-se extrair a conclusão de que quando se pretende que um determinado conhecimento seja guardado com maior acuidade, é necessário singularizá-lo. Do ponto de vista prático, isso significa que conhecimentos cuja relevância pode não ser grande à primeira vista, devem ser objeto de um tratamento especial da parte de quem os transmite. Ofícios encaminhados por órgãos de controle, interno ou externo, tais como os Tribunais de Contas, Ministério Público ou corregedorias, devem ser entregues em mãos ao destinatário. Preferencialmente, se aquela informação se trata de conhecimento específico cuja apreensão poderá levar ao reconhecimento de dolo em conduta futura, há que se redobrar o cuidado, chamando o sujeito para recebê-lo no próprio órgão do qual emanado e indicando, de forma clara, tal condição no documento. Exigir resposta posterior do sujeito – que não se confunde com o mero recibo -, confirmando o recebimento e a compreensão dos conteúdos expostos, também reforça a

---

[771] Em Português, por vezes, usa-se a expressão "memória em lampejo", como mencionado adiante: "[...] Essas questões foram inicialmente endereçadas por Brown e Kulik (2000), que investigaram o fenômeno referente a memórias vívidas e duradouras que as pessoas têm da situação em que ficaram sabendo de eventos públicos. Esse fenômeno tem sido abordado na literatura como memórias 'em lampejo' (do inglês, flashbulb memories) [...]". GAUER, Gustavo; GOMES, William Barbosa. Recordação de Eventos Pessoais: Memória Autobiográfica, Consciência e Julgamento. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, V. 24, N. 4, 2008, p. 508 (pp. 507-514).

[772] "[...] The principal two determinants appear to be a high level of surprise, a high level of consequentiality, or perhaps emotional arousal (assessed by both rating scales and ethnic group membership). If these two variables do not attain sufficiently high levels, no flashbulb memory occurs. If they do attain high levels, they seem, most directly, to affect the frequency of rehearsal, covert and overt, which, in turn, affects the degree of elaboration in the narrative of the memory that can be elicited experimentally [...]". BROWN, Roger; KULIK, James. Flashbulb memories. *Cognition*, V. 5, N. 1, 1977, p. 73 (pp. 73-99).

[773] Diversos testes semelhantes foram realizados tendo por objeto outros eventos igualmente marcantes, como os atentados de 11 de setembro de 2001, com resultados semelhantes. CONWAY, Andrew et al. Flashbulb memory for 11 September 2001. *Applied Cognitive Psychology*, V. 23, N. 5, 2009, pp. 605-623.

[774] Em curiosa pesquisa, direcionada a saber o nível de precisão das memórias decorrentes do acidente com o ônibus espacial Challenger, em 1986. Anos depois, o mesmo grupo de pessoas pesquisadas imediatamente a tragédia foi ouvida, surgindo discrepâncias e falsas memórias marcantes. NEISSER, Ulric; HARSCH, Nicole. Phantom flashbulbs: False recollections of hearing the news about Challenger. In: E. WINOGRAD, Eugene; NEISSER, Ulric (Eds.). **Affect and Accuracy in Recall**: Studies of 'Flashbulb' Memories. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

possibilidade de se poder assumir, em tempo futuro, que aquele conhecimento permanecia com o agente.

Caminhando para a modalidade seguinte de atribuição, também se pode reconhecer a existência de um conhecimento se, em algum momento, a pessoa exteriorizou que o detinha. Como afirma RAGUÉS I VALLÈS, "*[...] uma terceira forma de imputação imaginável ocorre naquelas hipóteses em que o sujeito exterioriza – por palavras ou atos conclusivos – que conta (ou contou) com o conhecimento de determinados fatos [...]*"[775] no momento em que praticou a conduta. A exteriorização pode ter ocorrido antes, durante ou depois da realização da conduta, sendo que, se ocorreu em momento pretérito, podem incidir sobre o caso as mesmas limitações mnemônicas destacadas quando se tratou da aquisição prévia de conhecimento.

Não há maiores dificuldades em atribuir o conhecimento se o autor, por manifestação direta, afirmou que estava consciente dos fatos e circunstâncias. Tal situação, rara, assemelha-se a uma confissão, especialmente se a admissão ocorre em juízo. Mais comum será buscar deduzir a existência do conhecimento a partir do que RAGUÉS I VALLÈS denomina "atos conclusivos" de exteriorização, dos quais se exige sejam inequívocos, uma vez que "*[...] quando não resulte que a conduta possa ser interpretada como uma exteriorização, deverá ser negado este caráter [...]*"[776].

Por fim, com especial relevo para o tema em debate, reconhece-se características pessoais do sujeito que são fontes de atribuição de conhecimentos. Aqui, vai-se além dos conhecimentos mínimos que são comuns a qualquer pessoa imputável, que viva em sociedade, para apurar efetivamente as circunstâncias que formaram o conjunto de conhecimentos do sujeito sob análise. Nesta categoria é que se atribui a um comerciante de certo tipo de produto, por exemplo, o conhecimento de que o preço oferecido por um fornecedor estava muito abaixo do costumeiramente praticado no mercado, levando a crer que o sujeito tinha conhecimento da origem ilícita da mercadoria. Deduz-se que um específico corpo de informações é de conhecimento de quem exerce uma determinada

---

[775] "[...] Junto con los conocimientos mínimos y las transmisiones de conocimientos, una tercera forma de imputación imaginable concurre en aquellos supuestos en que un sujeto exterioriza – de palabra o por actos concluyentes – que cuenta (o ha contado) con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo la conducta típica [...]". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 411. Tradução do autor.

[776] "[...] Una vez más debe exigirse que, desde una perspectiva social, exista univocidad en tales valoraciones: cuando no resulte evidente que la conducta puede ser interpretada como una exteriorización le deberá ser negado tal carácter [...]". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 417. Tradução do autor.

profissão, frequentou certo estabelecimento de ensino ou curso, foi a determinado lugar, dentre outros[777].

Como regra de imputação, no esteio do que defende RAGUÉS I VALLÈS, ausente prova clara em sentido contrário, somente se pode assumir que o sujeito conhecia – em decorrência de uma característica pessoal – aquelas informações consideradas o mínimo necessário para que detivesse a respectiva característica[778]. Assim, o mero fato de alguém ser advogado, permite afirmar que detém os conhecimentos necessários para a graduação como bacharel em Direito e aquelas vinculadas ao sucesso no exame de admissão da Ordem dos Advogados do Brasil. Mas não autoriza sustentar, ausente prova de que tenha adquirido especificamente aquele conhecimento, que sabia, por exemplo, qual a jurisprudência mais atualizada do Tribunal de Contas sobre a parceria público-privadas.

A questão merece atenção própria no tema das improbidades administrativas, uma vez que muitas vezes os sujeitos nelas envolvidos ostentam tais características especiais. São servidores admitidos por concursos públicos, nos quais obtiveram êxito em provas de conhecimentos específicos, ou empresários que costumeiramente participam de procedimentos licitatórios para contratações públicas.

Nestas situações, duas precauções merecem ser observadas. Em primeiro lugar, atento à questão de que a presunção há de ter por objeto apenas o mínimo do conhecimento necessário para o desempenho de certa atividade, o fato de alguém ser servidor público ou empresário em ramo negocial que contrata com a Administração Pública, não é uma senha que permite colar ao sujeito toda gama de conhecimentos, técnicos e específicos.

Além disso, as experiências que devem ser analisadas são aquelas específicas do sujeito em relação ao qual se apura a possibilidade de atribuição do conhecimento. Deste modo, pouco importa que em outro município determinado conteúdo seja cobrado em concurso semelhante ou que o Tribunal de Contas tenha tomado certa decisão em ano posterior ao momento em que o sujeito entrou no serviço público. A presunção – pois é disso que se trata – há de respeitar os limites do conhecimento mínimo cobrado do agente, não de outros. Para permanecer no último exemplo, a posição mais recente do Tribunal de Contas poderia ser de conhecimento presumido se, em curso obrigatório de reciclagem, tal questão tivesse sido objeto de estudo.

---

[777] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 427.
[778] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 429.

O tema torna-se ainda mais sensível quando a pessoa envolvida é agente político, eleito pelo voto popular ou nomeado em cargo para o qual não se exija formação técnica específica. O argumento moral segundo o qual há uma obrigação de todo aquele que busca um cargo público, de obter conhecimento técnico de gestão, é não apenas limitado ao próprio campo da moral, como permite entrever uma visão elitista sobre o exercício do poder político.

Em uma Democracia, as únicas exigências aceitáveis para a assunção a um cargo eletivo, além da obtenção dos votos necessários de seus pares, são aquelas previstas na Constituição Federal e na legislação eleitoral. Se, de um lado, a Constituição Federal elenca como condições de elegibilidade apenas a nacionalidade brasileira, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima própria de cada cargo almejado, bem como diz serem inelegíveis os analfabetos e inelegíveis[779]; a Lei Complementar nº 64/90 traz as causas de inelegibilidade, amplamente estendidas com o advento da Lei Complementar nº 135/10[780].

A premissa aqui assumida colide com o entendimento comumente reafirmado na jurisprudência e que constou expressamente da definição de dolo adotada pelo STJ, de que se tratou no subitem 1.6.1., de que o dolo da improbidade é a "*[...] simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria [...]*"[781].

A ideia segundo a qual seria desejável – ou mesmo exigível - que todo governante fosse imbuído da mais ampla gama de conhecimentos, estando apto a conduzir os negócios do Estado com sua sabedoria e expertise, é apenas a mais atual forma que o elitismo assume, corrente que deita raízes na proposta do Filósofo Rei, de Platão. O argumento, dito de forma

---

[779] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 14, §§ 3º a 9º. A Constituição Federal trata também da inelegibilidade para o segundo mandato consecutivo a cargo do Poder Executivo, bem como dos parentes daqueles que se reelegeram, além de regular a questão da elegibilidade do militar.

[780] BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, art. 1º.

[781] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212, pp. 33-34. Nitidamente temeroso de ser interpretado no sentido de afrouxar os meios de controle da corrupção, o Min. Mauro Campbell Marques justificou sua posição nos seguintes termos: "[...] não se diga que a presente posição que se adota deixe margem para remoto enfraquecimento ou vulneração da atuação do sempre protagônico Ministério Público. Não e não! Longe disso, o que se quer evitar aqui é que o art. 11 da LIA seja utilizado como repositório de investigações não conclusivas ou que não atingiram os seus reais objetivos, sendo sim um dispositivo de extraordinária importância pedagógica a instruir os que se atrevam a chamar a si mesmo de gestores públicos, no sentido amplo que a norma preconiza, para que tenham plena consciência das balizas primordiais de uma Administração Pública proba [...]", p. 35.

simples, sustenta que a população, ignorante, vive nas trevas da caverna e, portanto, nada mais natural do que ser guiada por quem lhe traga a luz[782].

Enquanto, por um lado, pode parecer evidente que é preferível ser governado por quem tenha conhecimento do que por quem não o tem, a implicação de que apenas os primeiros deteriam capacidade plena para tanto ofende o princípio básico segundo o qual a Democracia é não apenas um governo pelo povo e para o povo, mas também do povo[783]; especialmente quando se vive em um país no qual pouco mais de 10% das pessoas têm acesso ao ensino superior[784].

Se o elitismo traça suas origens na Grécia clássica, sua crítica lhe é quase contemporânea, tendo início já com ARISTÓTELES[785] e passando, ao longo dos séculos, por pensadores como HANNAH ARENDT[786] e JÜRGEN HABERMAS[787]. Tem razão, ao final, WINSTON CHURCHILL, quando afirmou ser melhor que os experts estejam acessíveis para fornecerem o conhecimento de que dispõem, do que estejam no topo, determinando os rumos do governo[788].

---

[782] "[...] There is an old story about a community of people who live in a cave. Fires bum behind them, throwing shadows of various shapes onto the cave wall; and never having seen real objects in the sunlight, the cave people think these shadows are the only, complete reality. One day, though, one of the cave dwellers happens to find a passageway to the outside world. He heroically struggles up the passageway and emerges into the world. At first the sunlight blinds his eyes, but after his vision adapts he sees, for the first time, a world far more real and rich than any he and his community ever imagined. Out of a sense of duty, the enlightened one then returns to the cave, hoping to guide his fellows to a similar illumination. The storyteller suggests that if it were wise, the cave community would submit to the governance of this enlightened person, since he alone understands the higher truths and more complete realities. The political system associated with this story is often described as one of rule by 'philosopher-kings', or Platonic guardians [...]". SMITH, Steven D. The Constitution in The Cave. *McGeorge Law Review*, V. 30, 1998, p. 97 (pp. 97-104).

[783] "[...] On the other hand, in a political community devoted to democracy, or government 'of the people, by the people, and for the people', the rule of philosopher-kings is bound to offend [...]". SMITH, Steven D. Op. Cit., p. 97.

[784] Segundo os dados do Censo de 2010 do IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**: Educação e Deslocamento – resultados da amostra. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 113.

[785] "[...] Aristotle's objection to, or 'correction' of, Plato's philosopher king is consistent with bis realistic – existential – outlook on political life and the practical exigencies of the political community [...]". CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle´s Criticism of Plato´s "Philosopher King". *Rheinisches Museum für Philologie*, V. 111, N. 1, 1968, p. 17 (pp. 16-22).

[786] ECCEL, Daiane. Hannah Arendt, uma leitora crítica de Platão. *Archai*, N. 8, 2012, pp. 27-37.

[787] Perguntado em entrevista recente se seus elogios ao Presidente francês, Emmanuel Macron, derivam do fato de que também é um filósofo de formação, HABERMAS foi enfático ao afirmar "[...] ¡Por Dios, nada de gobernantes filósofos! [...]". 06.05.2018. Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html>. Acesso em 06.05.2018.

[788] Em Inglês a frase tem sonoridade própria: "*[...] experts should be on tap, but not on top [...]*". CHURCHILL, Randolph S. **Twenty-One Years**. Houghton: Mifflin, 1965, p. 127. Em outra versão, também difundida, "experts" seria substituída por "scientists". Em sentido contrário, ver MOORE, Alfred. **Critical Elitism**: Deliberation, Democracy, and the Problem of Expertise. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. A citação de CHURCHILL foi lembrada por Roberta Maia Gresta, em conversa havida durante temporada de estudos na Universidade Pompeu Fabra, em janeiro e fevereiro de 2018.

Desta quarta modalidade de atribuição de conhecimento deriva a última abordagem deste subitem, relativa à delegação do conhecimento. Em uma sociedade que se torna cada vez mais complexa, com estruturas burocrático-administrativas que a acompanham, paulatinamente o conhecimento necessário para bem executar cada função torna-se mais intrincado e restrito. Assim, "*[...] de modo mais ou menos frequente [...]*", as pessoas que são responsáveis por determinadas tarefas "*[...] delegam a obtenção de tais conhecimentos a terceiras pessoas e confiam, dali em diante, naquilo que elas lhes comuniquem [...]*"[789].

Se o mundo empresarial se organiza com frequentes delegações de conhecimento, o fenômeno é ainda mais marcante na Administração Pública. A organização o Estado Moderno passa, ao longo do século XIX, pelo exemplo do "*[...] novo aparelho administrativo prussiano [...]*", que se caracteriza pela "*[...] precisa especificação das funções, à atribuição de esferas de competência bem delimitadas, aos critérios de assunção e de carreira [...]*"[790].

MAX WEBER, ao descrever os três tipos puros de dominação legítima, afirma que o superior detém poder de mando "*[...] legitimado por uma regra estatuída, no âmbito de uma competência concreta, cuja delimitação e especialização se baseiam na utilidade objetiva e nas exigências profissionais estipuladas para a atividade do funcionário [...]*". Já o funcionário "*[...] é aquele de formação profissional [...]*", que coloca seu conhecimento a serviço do bem público, de acordo com os ditames da lei[791]. Pode-se falar, em sua dicção, que "*[...] toda a história do desenvolvimento do Estado moderno, particularmente, identifica-se com a da moderna burocracia [...]*"[792].

Assim, tem-se toda sorte de servidores com especializações nas mais distintas áreas, desde os procuradores e advogados públicos, responsáveis pela análise da legalidade de todos os atos da administração, a engenheiros, educadores, médicos, assistentes sociais, apenas para citar alguns.

---

[789] "[...] La progresiva complejidad de las relaciones sociales lleva a que, cada vez más a menudo, los sujetos no se ocupen por sí mismos de obtener el conocimiento exacto de todas las circunstancias que concurren en la situación en la que van a llevar a cabo un comportamiento típico, sino que, de modo más o menos frecuente, deleguen la obtención de tales conocimientos en terceras personas y confíen, en adelante, en lo que éstas les comuniquen [...]". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 434. Tradução do autor.

[790] GIRGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. V. 1, 12ª Ed., tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 124.

[791] WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**: Sociologia. 7ª Ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 129.

[792] COHN, Gabriel (Org.). Op. Cit., p. 130.

Quando se delega a tarefa de conhecer um determinado assunto e emitir uma opinião, na organização administrativa tal deve sempre se dar pela forma escrita, obedecendo estritamente os limites de conhecimento que o delegado dispõe. Em cumprimento ao que foi solicitado, encaminha-se ao delegante a informação requisitada – se uma determinada compra pública é lícita e, em caso positivo, qual deve ser a modalidade licitatória, por exemplo -, também por escrito.

Não desperta maior debate a situação em que a informação produzida corresponde à realidade e ao conhecimento técnico disponível pelo seu responsável. Nesta hipótese, caso o agente público delegante não acolha as conclusões e não obtenha outro conjunto de informações de fonte igualmente fidedigna, seria possível reconhecer o dolo em sua conduta, vez que teria obtido o conhecimento ao receber a informação que recomendava outro rumo de ação.

Situação mais relevante tem-se quando a informação dirigida ao agente público delegante não condiz com a realidade. Aqui, concordando com RAGUÉS I VALLÈS, "*[...] não se poderá imputar ao delegante o conhecimento necessário para o dolo [...]*[793]. Assim, se o fiscal de uma obra, engenheiro habilitado a tanto, certifica em medição sua conclusão e, desde ato, decorre o pagamento, não se pode imputar eventual improbidade administrativa ao prefeito que determinou a despesa, vez que sua decisão se fundou em informação errônea.

Hipótese distinta ocorre quando, sob a escusa de promover mera delegação regular do dever de conhecimento, o agente público, em verdade, pretende distanciar-se propositalmente do fato ímprobo, ao evitar que o conhecimento sobre um ou mais de seus elementos e circunstâncias chegue a si. Trata-se aqui da noção de cegueira deliberada ou ignorância deliberada, cujos contornos, origem e características principais foram objeto de aprofundamento na parte final do subitem 2.5.3., quando da análise das reflexões de LORENA VARELA.

Conforme se destacou naquela assentada, há critérios próprios para que se possa atribuir o dolo quando se fala em cegueira deliberada. São eles, simultaneamente: que fosse possível vencer ou evitar o desconhecimento quanto aos elementos do tipo; que o agente saiba que tinha o dever de se manter capaz de sofrer a imputação; além, naturalmente, que detivesse o conhecimento geral do dever de se abster do cometimento da conduta típica.

---

793 "[...] una segunda situación posible concurre en aquellos casos en que el conocimiento que se transmite al delegante no concuerda con la realidad, es decir, en que se le transmite un conocimiento erróneo. En tales supuestos no será posible imputar al delegante el conocimiento necesario para el dolo [...]". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, p. 436. Tradução do autor.

Exige-se, assim, que seja possível demonstrar que o agente buscou, voluntariamente, o estado de desconhecimento, com o fito de distanciar-se do dever de conhecer e, portanto, da configuração do dolo.

Quando se trabalhou o tema, destacou-se a posição de RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, segundo a qual não seria possível promover o encaixe da teoria, de origem anglo-saxã, no Brasil, em razão da previsão expressa do art. 18 do Código Penal, que traz o elemento volitivo e destaque no dolo. Nada obstante, como dito no início deste item, tal amarra não vige no que toca à definição do dolo da improbidade administrativa, cujo elemento primordial e suficiente é o conhecimento. Na construção de DOUGLAS HUSAK e CRAIG CALLENDER, pioneiros na elaboração de uma teoria em torno do problema, a ignorância deliberada – como a denominam no seminal artigo – pode ser vista como uma modalidade de conhecimento ou interpretada como um equivalente moral do conhecimento, na medida em que aponta para uma conduta que merece a mesma reprovabilidade[794].

Na lição de HUSAK e CALLENDER, prosseguindo na tentativa de firmar balizas para o instituto, cabe destaque a duas condições que bem se adequam ao cenário das improbidades administrativas. A primeira é que a informação que preencheria o requisito de conhecimento do agente tenha estado disponível para ser acessada, sem que fosse necessário empreender esforço desmedido[795]. Em segundo lugar, que haja um motivo por trás da colocação em situação de ignorância – a "*[...] reservar-se uma causa de exoneração de sua*

[794] "[...] The objective of the courts is to convict a defendant who may lack genuine knowledge (and who otherwise might have been acquitted) for acting knowingly. This purpose can be accomplished either by describing a mental state that is a kind of knowledge or by describing a mental state that is not a kind of knowledge but can plausibly be construed to be the moral equivalent of knowledge [...]". HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. Wilful Ignorance, Knowledge, and the Equal Culpability Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. *Wisconsin Law Review*, V. 1994, 1994, p. 36 (pp. 29-69).

[795] "[...] The second condition to differentiate the wilfully ignorant defendant from the suspicious defendant might be called the availability condition. In many (but not all) potential cases of wilful ignorance, there exists information highly relevant to a defendant's determination of the truth of the proposition about which he is wilfully ignorant. If a defendant has the means to learn the truth (or to gather more evidence) about the significance of his actions, and is aware of these means, his failure to act on these suspicions is a plain sign of wilful ignorance. In most cases, the wilfully ignorant defendant will not have considered (or evaluated) all of the evidence that honest persons in those circumstances would have considered. Typically, these defendants fail to pursue reliable, quick, and ordinary measures to discover the facts. Each of these three factors is important. The wilfully ignorant defendant cannot simply fail to pursue unreliable, time-consuming, or extraordinary means to learn the truth. The facts must be readily available to anyone disposed to discover them [...]". HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. Op. Cit., p. 40.

culpa ou responsabilidade para o caso de ser descoberto [...]"[796] –, o que é diferente da "*[...] mera preguiça, estupidez ou ausência de curiosidade [...]*"[797].

No que toca à improbidade administrativa, a segunda condição guarda singular relevância. É preciso que tenha havido um ato voluntário de afastamento por parte do agente, não bastando que apenas tenha sido descuidado ou indolente. Não se pode perder de vista que ao propor um equivalente funcional ao conhecimento, busca-se imputar ao agente a prática de uma conduta dolosa, o que é bastante distinto de construir a imputação por culpa. Assim, há uma decisão de não conhecer quando o prefeito, depois de iniciado seu mandato, altera a organização administrativa para que, propositalmente, informações relevantes deixem de subir na escala hierárquica até o seu conhecimento.

Não se deve exigir uma ação, sendo plausível cogitar que a omissão traga o mesmo efeito. Basta que o prefeito que assume o cargo em seguida, tendo sido informado que o arranjo institucional deixado pelo seu predecessor é nocivo ao interesse público, exatamente por tirar informação que deve chegar aos mais altos escalões, nada faz, aproveitando-se da situação.

Não há cegueira deliberada e, portanto, não há dolo, de outro lado, se o motivo pelo qual o agente coloca-se em posição de ignorância não é a busca por segurança face à aplicação da lei. É o que ocorre, por exemplo, quando é a eficiência que move o agente. Imagine-se um prefeito que, tendo cinquenta, cem ou duzentos documentos para assinar a cada dia, prefere confiar em seus subordinados do que pedir que lhe expliquem, ponto a ponto, cada um dos expedientes que exigem sua assinatura. Como destaca RAGUÉS I VALLÈS, caso agisse assim "*[...] deveria dedicar a este tema toda sua jornada laboral, descumprindo outras múltiplas obrigações [...]*". Assim, ainda que "*[...] exista capacidade*

---

[796] "[...] el ignorante deliberado ha de tener un concreto motivo para permanecer alejado de la verdad: debe desear conscientemente reservarse una causa de exoneración de su culpa o responsabilidad para el caso de ser descubierto [...]". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, p. 135. Tradução do autor.

[797] "[...] The third condition to differentiate the wilfully ignorant defendant from the suspicious defendant might be called the motivational condition. The wilfully ignorant defendant must have a given motive for remaining unaware of the truth-he must consciously desire to preserve a possible defense from blame or liability in the event that he is apprehended. His failure to gain more information cannot be due to mere laziness, stupidity, or the absence of curiosity [...]". HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. Op. Cit., p. 40.

de conhecer, razões de eficácia aconselham o sujeito a não fazer uso dela [...]"[798], sem que se possa cogitar da configuração de dolo[799].

Em conclusão, o conhecimento que dá contornos ao dolo não pode ser presumido, havendo espécies de atribuição de conhecimento que podem ser objetivamente apreciadas, pelas quais é possível inferir, mesmo que indiretamente, se, no momento da conduta ímproba, o agente detinha os conhecimentos necessários. A absorção de informações equivocadas, desde que, naturalmente, não seja deliberada, impede falar na configuração de dolo, sendo necessário superar a ficção segundo a qual cada agente – público ou privado – tem capacidade de conhecer todos os aspectos da gestão.

4.2.3. O problema da má-fé na improbidade administrativa

Como se viu nos itens precedentes, a má-fé não constitui elemento do dolo, sendo desnecessário, para sua configuração, a identificação de um intuito específico quando da prática da conduta típica. Nada obstante, conquanto não integre o dolo, a má-fé é condição para a adequada imputação da improbidade administrativa ao sujeito, reportando-se, como equivalente funcional[800], ao conceito de consciência da antijuridicidade.

Conforme destacado anteriormente, o STJ, corroborando entendimento pacífico na jurisprudência, erigiu a desonestidade no agir, a má-fé, como requisito essencial para que se possa falar em improbidade administrativa, como se vê adiante

> ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 9.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

---

[798] "[...] Ciertamente, el alcalde tiene a su alcance la posibilidad, antes de firmar, de pedir a quienes han tramitado el expediente que le expongan todos los pormenores de cada caso. Sin embargo, si así lo hiciere debería dedicar a este tema toda su jornada laboral, incumpliendo otras múltiples obligaciones. En consecuencia, aunque existe una capacidad de conocer, razones de eficacia aconsejan al sujeto no hacer uso de ella [...]". RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, p. 154. Tradução do autor.

[799] O tema foi tratado em outra oportunidade, restrita ao Direito Penal, em coautoria com SPENCER TOTH SYDOW: NEISSER, Fernando Gaspar; SYDOW, Spencer Toth. **Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos**. 14.06.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/opiniao-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-oito-requisitos>. Acesso em 06.05.2018.

[800] Sem comprometer-se com o funcionalismo em outras aplicações e para distintas finalidades, a ideia de equivalente funcional parece responder adequadamente ao que se pretende sustentar. Sem afirmar expressamente que a má-fé na improbidade é idêntica à noção de consciência da antijuridicidade no Direito Penal, parece certo que realizam a mesma função. Para melhor compreensão da ideia, ver: MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 26, 2005, pp. 1-48 e SATO, Toshiki. Functionalism: Its axiomatics. *Sociopedia.isa*, 2011, p. 1-12.

(...)

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposo (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa[801].

Em voto que acompanhou o relator, a Ministra Denise Arruda afirmou que não se pode imputar a improbidade administrativa "*[...] sem que estejam evidenciados aspectos importantes, como a prova de desonestidade, má-fé, intenção de provocar prejuízo ou mesmo culpa ou dolo [...]*"[802]. Mais adiante a mesma julgadora analisa o panorama da doutrina à época, deduzindo que essa "*[...] exige para a concretização da improbidade o dolo, a culpa ou a má-fé, bem assim a desonestidade ou imoralidade no trato da coisa pública [...]*"[803].

Este entendimento repercute sem maiores divergências nos demais tribunais, sempre se destacando a necessidade de que o agente público tenha agido imbuído de uma intenção nefanda, consciente de que o fazia em detrimento de seus deveres para com a Administração Pública[804]. Tampouco a doutrina titubeia ao vislumbrar a exigência da má-fé, uma vez que se afirma que o que "*[...] a norma tem em vista é a desonestidade, a deslealdade, a má-fé do agente público para com os valores essenciais do sistema jurídico [...]*"[805].

A confusão entre dolo e má-fé é compreensível, especialmente ante a ausência de uma reflexão acadêmica mais profunda sobre a imputação subjetiva na improbidade administrativa. Ao longo da Idade Média, os conceitos mesclavam-se, na medida em que havia plena identificação entre Moral e Direito, ambos os campos subsumidos à autoridade da religião. Assim, enquanto pecado e delito eram sinônimos, importava averiguar com qual intencionalidade os atos eram praticados, já que "*[...] o pecado é uma 'injuria' ao sagrado*

---

[801] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151, da 1ª Turma, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.04.2006, publicado em 08.06.2006.

[802] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151, p. 38.

[803] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151, p. 40.

[804] "[...] improbidade não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, pela má-fé, pela falta de probidade no desempenho da função pública, o que se verifica quando a conduta reputada ilegal, animada pela má-intenção do administrador público, fere princípios da Administração Pública [...]". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1010937-59.2016.8.26.0077, da 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, julgado em 12.12.2017, p. 12.

[805] NETO, Eurico Bitencourt. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 113-114.

que se manifesta pela má inclinação [...]". Pecador e criminoso identificavam-se, uma vez que "*[...] o que fundamentava o delito era a ideia de desvalor do pensamento ou do desejo contrários à fé [...]*" e, portanto, "*[...] dolo não era outra coisa que a 'má-fé' [...]*"[806].

Com a cisão entre os injustos civil e penal, objeto de análise do item 2.3., a má-fé encontrou espaço primordialmente no âmbito do Direito Civil, mas, como ensina FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, serviu também de ponte entre as modalidades de ilícito, como um escalão intermediário que os aproximava[807]. LUIGI FERRAJOLI recorda, com tom crítico, que o afastamento da má-fé como elemento relevante na imputação penal não foi unânime, quiçá tranquila, recordando que KANT afirmava que "*[...] as penas devem medir-se de acordo com a 'maldade interna' dos criminosos [...]*", enquanto BECCARIA negava tal proposição[808].

Conforme explica ROXIN, tema já tratado anteriormente, até a década de 30 do século XX, a teoria do dolo, então dominante, pressupunha que o dolo abarcava não apenas o querer e conhecer as circunstâncias do fato, mas também a consciência do injusto, "*[...]*

---

[806] "[...] en la Edad Media (dada la identificación entre moral y derecho la Iglesia se fundió con el Estado) imperaba un concepto social según el cual 'toda conciencia es una conciencia religiosa'; en consecuencia, el delito venía definido por la 'malicia del pecado', toda vez que éste se presentaba como una impenetrable malicia del corazón" o una 'malicia intrínseca de las acciones'. Para el pensamiento religioso, pecado es una 'injuria' a lo sagrado que se manifiesta por una 'mala inclinación'. Si así son las cosas; según el prestigioso medievalista HUIZINGA de allí surgía 'el odio del pecado' y como tal el mismo generaba el concepto de 'enemigo'. Teniendo en cuenta que la base del ataque al hereje era su comportamiento contrario a la fe, por supuesto también el dirigido al delincuente, pues éste era un pecador en tanto pecado y delito se intercambiaban, no queda duda de que lo que fundaba al delito era la idea de desvalor del pensamiento o del deseo contrarios a la fe, por lo tanto dolo no era otra cosa que 'mala fe'. Los códigos penales del siglo XIX fueron proclives a utilizar, como síntoma de reproche, la noción de lo 'maliciosamente' [...]". GÓMEZ PAVEJAU, Carlos Arturo. Injusto y culpabilidad en los grandes filósofos griegos, p. 47. Tradução do autor.

[807] "[...] Ahora bien, y aquí reside la novedad de Berner, desde el momento en que una de las partes del proceso civil tiene constancia de que la cosa reclamada no le pertenece nos situamos en un procedimiento de mala fe ('Chikane'), que actúa de puente entre el injusto civil y el criminal (a través del fraude o estafa) - Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1.ª ed. 1857) § 36 (este apartado 36 de la primera edición, se encuentra íntegramente reproducido en el epílogo de Schild a la decimoctava edición del Lehrbuch de Berner, pp. 795-796) -. Con este escalón intermedio se muestran algunas de las dificultades de la distinción entre injusto civil y criminal, que también aparecen en Köstlin y en el propio Hegel. Al fijar la distinción entre ambos injustos en el elemento subjetivo del conocimiento o desconocimiento de la divergencia entre la voluntad general y la particular, todo comportamiento doloso en el ámbito civil debe ser calificado de injusto criminal. Esta insatisfactoria consecuencia obliga a Berner, en una línea similar a Köstlin, a considerar como categoría intermedia los casos de reclamaciones civiles de mala fe [...]". MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Op. Cit., p. 55. Tradução do autor.

[808] "[...] Por lo demás, también el pensamiento ilustrado había puesto de relieve una discrepancia fundamental sobre la relevancia atribuible al elemento psicológico del delito, entre dos posiciones extremas, una totalmente subjetiva, la otra totalmente objetiva. Así, mientras Kant mantiene que las penas deben medirse de acuerdo con la 'maldad interna de los criminales', Beccaria manifiesta una singular incomprensión del elemento subjetivo del delito: 'la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete ... La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Esta no puede sin revelación saberse por unos seres limitados; ¿cómo, pues, se la tomará por norma para castigar los delitos?' [...]". FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 488. Tradução do autor.

esse 'dolus malus' era considerado como forma de culpabilidade [...]", o que somente foi superado com a teoria da culpabilidade, já no finalismo, quando "*[...] a atuação dolosa consiste tão só em que o autor controla com conhecimento e vontade o curso causal até o resultado típico [...]*", o que faz com que "*[...] a consciência da antijuridicidade, que não tem nada que ver com a finalidade, não possa ser pressuposto do dolo [...]*"[809].

Ainda que haja notável confusão entre os institutos, chamando de dolo da improbidade aquilo que não o é – a má-fé ou desonestidade do agir -, é inegável que doutrina e jurisprudência, em raro acordo, reconhecem que não se pode falar em improbidade sem a demonstração de que a conduta foi praticada com um estado mental de desonestidade. Como afirmava ROBERT BROOKS ainda em 1909, "*[...] a corrupção é intencional [...]*", já que o dever em relação ao bem público é percebido, mas opta-se deliberadamente por ignorá-lo. Não se confunde com a mera ineficiência, ainda que "*[...] as consequências externas possam parecer similares e os resultados imediatos podem ser igualmente danosos [...]*"[810].

Nesta linha de raciocínio, entende-se que este requisito se posta ao lado do dolo, sem com ele se confundir, mas também como condição sem a qual não se pode falar em configuração da improbidade administrativa. A ausência de má-fé erige-se, assim, como causa de justificação, afastando a antijuridicidade da conduta[811], como critério negativo[812], e compondo, em conjunto com o dolo, o elemento subjetivo da improbidade administrativa.

---

[809] "[...] Hacia 1930 era dominante en la ciencia la denominada teoría del dolo, según la cual el dolo presupone conocer y querer las circunstancias del hecho y además la conciencia del injusto; ese 'dolus malus' era considerado como forma de culpabilidad (perteneciente a la parte interna del hecho) (cfr. nm. 13 s.). Por consiguiente, quien erróneamente considerara permitida su conducta objetivamente prohibida, según esa concepción no habría podido ser castigado por un hecho doloso sino a lo sumo por uno imprudente, pero por falta de incriminación de la comisión imprudente por regla general habría quedado impune incluso en caso de error de prohibición vencible. Frente a esto la teoría final de la acción, partiendo de las bases de su sistema, ha desarrollado la denominada teoría de la culpabilidad, que llega a un resultado totalmente distinto. Dado que para ella, debido a la estructura óntica de la acción humana, la actuación dolosa consiste tan sólo en que el autor controla con conocimiento y voluntad el curso causal hacia el resultado típico (cfr. nm. 15), la conciencia de la antijuridicidad, que no tiene nada que ver con la finalidad, no puede ser un presupuesto del dolo [...]". ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I, pp. 210-211. Tradução do autor.

[810] "[...] To begin with, corruption is intentional. The political duty involved is perceived, but it is neglected or misperformed for reasons narrower than those which the state intends. Failure to meet a recognized duty is not necessarily corrupt; it may be due to simple inefficiency. The corrupt official must know the better and choose the worse; the inefficient official does not know any better. In either case the external circumstances may appear to be closely similar, and the immediate results may be equally harmful. No doubt what is often denounced in the United States as corruption is mere official stupidity, particularly in those spheres of administration still filled by amateurs and dominated by the 'rotation of office' theory [...]". BROOKS, Robert. C. The Nature of Political Corruption. *Political Science Quarterly*, V. 24, N. 1, março 1909, p. 6 (pp. 1-22).

[811] Sobre a consciência da ilicitude na improbidade administrativa, ver: SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa**: Teoria e Prática. 3ª Ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017, p. 662.

[812] "[...] En todos los países de Europa occidental, tanto en Derecho penal como de la responsabilidad civil, los autores y las legislaciones recogen una serie de razones que evitan la antijuridicidad del acto aparentemente ilícito. A veces, especialmente en el área del Common Law, la lista es muy variada, incluyéndose toda clase de posibles justificaciones; por el contrario, en otros países, como España y Alemania, se distinguen causas de

4.3. A culpa na improbidade administrativa

Um dos temas de maior complexidade no tratamento do elemento subjetivo da improbidade administrativa é a culpa, suficiente para imputação sob o art. 10 da Lei nº 8.429/92, que trata dos atos que causam lesão ao erário. Conforme expõe ARNALDO RIZZARDO, neste caso haveria "*[...] um ato culposo (...), causado por desleixe, falta de cuidado, negligência no cumprimento das obrigações, descontrole administrativo [...]*"[813]. As dificuldades advêm, basicamente, de duas questões distintas.

De um lado, o Direito Civil desenvolveu, ao longo do tempo, sua própria concepção de culpa civil, já exposta no item 2.6., o que acaba criando a tentação de que o instituto, sem maiores reflexões, seja simplesmente transposto para o campo da improbidade administrativa.

De outro, conforme destacado no início do item 4.2., a jurisprudência do STJ, efetuando uma inadequada analogia da presunção de lesividade aplicável à ação popular, estipulou que a contratação pública direta – por dispensa e inexigibilidade de processo licitatório ou, ainda, pela incorporação sem concurso de servidores públicos –, quando indevida, constitui dano ao erário *in re ipsa*, ou seja, presumida, sem necessidade de comprovação da perda patrimonial.

No que toca ao primeiro ponto, sua veemente refutação deriva não apenas da adoção do modelo intermediário para a improbidade administrativa, como e principalmente, do fato de que este modelo há de estar mais próximo do paradigma do Direito Penal do que do Direito Civil. Enquanto a culpa civil tem por finalidade garantir o ressarcimento do dano decorrente do descuido ou desatenção para com os deveres de cuidado habitualmente

---

justificación y causas de excusa o inimputabilidad. La doctrina penal suele considerar que la conducta típica es antijurídica a menos que haya concurrido una causa de justificación, y lo mismo suele señalar la civil, sustituyendo 'conducta típica' por 'daño'. Así, se dice que 'La comprobación última de la antijuricidad de una conducta tiene carácter negativo. Primero se trataba de determinar si concurrían positivamente los elementos fundamentadores del injusto penal –esto es, si se realizaban los elementos específicos de un tipo de injusto penal–. Ahora, en cambio, importa averiguar a continuación si concurre alguna causa que excluya la antijuricidad. Si no concurre ninguna causa de justificación, el hecho será sin más antijurídico' [...]". GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, p. 1560.

[813] RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 481.

observados no tráfico[814], sua contraparte no Direito Penal não pode perder de vista a proteção dos bens jurídicos e as finalidades das sanções atreladas ao reconhecimento do cometimento do delito.

Assim, a culpa civil importa um liame psicológico muito menos intenso do agente com sua conduta – comissiva ou omissiva – do que a culpa penal, uma vez que a finalidade perseguida é a garantia do ressarcimento, não a certeza de que se está a punir adequada e proporcionalmente quem praticou o injusto. Nas palavras de KRAUSE MUÑOZ, "*[...] não resulta estranha a ausência de comunicação e complementação entre ambos os sistemas [...]*" de culpa, pois "*[...] parece inadmissível relacionar uma fórmula quase matemática de recomposição patrimonial com um sistema que traduz a reprovação mais grave que a sociedade dirige a um sujeito concreto [...]*"[815].

Ainda que haja pontos de aproximação, como a noção de que um comportamento exigível do agente foi descumprido[816], a culpa para o Direito Penal há de ser demonstrada com o mesmo grau de certeza que o dolo, sendo ambos elementos da imputação subjetiva.

---

[814] "[...] Finalmente, y como tercer elemento de la responsabilidad civil, se exige la culpabilidad del sujeto, elemento subjetivo que puede adoptar la forma de dolo o de culpa, entendida esta última en su sentido restringido. El dolo se define como la intención positiva de inferir daño. La noción de culpa es una de las más complejas del derecho civil y es usada en tantos sentidos diversos como los de la responsabilidad misma. Por lo demás, se advierte una evolución histórica en la forma en que es comprendida y ha sido tratada. Para CHIRONI la culpa alude a una forma especial en que se encuentra la voluntad del agente en relación con el hecho dañoso: quiere el hecho pero no sus consecuencias, ya porque no las previó o porque, previéndolas, le parecieron imposibles, supuesto en que responde por su falta de diligencia. Para DÍEZ PICAZO es posible encontrar cuatro maneras distintas de comprenderla: en un sentido psicológico, como un vínculo psíquico entre el sujeto y la conducta o un estado en la mente de éste; en un sentido ético, como una infracción a la idea moral de que no deben lesionarse la persona y los bienes del prójimo; desde una concepción normativa, como la infracción de un objetivo deber de cuidado impuesto por el tráfico; o desde una concepción económica, formulada a partir de los costes de prevención y su relación con la probabilidad del accidente y los daños que éste ocasione. La culpa, concebida desde un punto de vista normativo, alude a las exigencias que en el tráfico concreto se imponen al hombre medio que emprende una actividad determinada, aunque en algunos supuestos el estándar sea el de la diligencia profesional. De acuerdo con la posición mayoritaria, la culpa extracontractual no admite graduación o, si se quiere, se responde por cualquier omisión de diligencia que haya ocasionado daño. Los criterios limitadores de ese deber de diligencia son la previsión y la evitación. La concurrencia de dolo o culpa, en general, lleva implícito un reproche al sujeto que, no obstante, no tiene incidencia en la cuantía de la indemnización, la que se define exclusivamente en razón del daño [...]". KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Hacia un sistema unitario de responsabilidades y deberes de responder**, pp. 83-84.

[815] "[...] En un sistema jurídico heredero de esta evolución, no resulta extraña la ausencia de comunicación y de complementación entre ambos sistemas de responsabilidad. Son tantas y tan profundas las diferencias que se atribuyen a uno y otro que resulta prácticamente imposible encontrar un punto de comunión entre ellos. Parece inadmisible relacionar una fórmula casi matemática de recomposición patrimonial con un sistema que traduce el reproche más grave que la sociedad dirige a un sujeto concreto, o comparar dos reacciones que tienen a la vista elementos tan disímiles y que buscan finalidades completamente diversas [...]". KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. **Hacia un sistema unitario de responsabilidades y deberes de responder**, p. 88. Tradução do autor.

[816] "[...] Por eso, la 'exigibilidad' es fundamento de la imputabilidad por culpa tanto en Derecho civil como en el penal. Y por eso, se comprueba – sin consideración a todas las excepciones individuales – la coincidencia del concepto de culpabilidad en ambas ramas del Derecho, de la misma forma que la unidad del concepto de antijuridicidad [...]", GOLDSCHMIDT, James. Op. Cit., p. 416.

Daí porque, ao contrário do que ocorre no Direito Civil[817], no Direito Penal a mera posição de garantia e a ocorrência do dano não satisfazem a necessidade de demonstração de que, em concreto, havia "*[...] capacidade de evitar o resultado, a possibilidade de o impedir por parte do omitente [...]*". Como assentam GÓMEZ TOMILLO e SANZ RUBIALES, "*[...] o contrário, constatar sem mais a posição de garantia, resulta muito cômodo, mas é incompatível com os postulados do Estado de Direito [...]*"[818].

Desde este ponto é possível concluir ser inadequado o encaixe do conceito puro e simples de culpa civil ao âmbito da improbidade administrativa, sendo necessário averiguar em qual medida essa concepção, no campo do Direito Penal, pode ser incorporada.

A segunda questão suscitada no início deste subitem traz consequências mais graves. Como já se alertou anteriormente, a adoção da ideia segundo a qual contratações públicas indevidas fazem presumir a ocorrência de dano, deslocando a tipificação da improbidade para o art. 10 da Lei nº 8.429/92, acarreta a equivocada possibilidade de imputação por culpa de atos nos quais o órgão acusatório não logrou demonstrar que o erário sofreu redução patrimonial, requisito que seria indispensável à tipificação, pelo próprio princípio da taxatividade[819].

Mais do que isso, a conjugação da construção do dano *in re ipso* com a adoção do conceito civil de culpa, em que a mera negligência com um dever de cuidado – por vezes presumida - faz nascer a obrigação de indenizar, permite que as duras sanções da improbidade administrativa e o estigma delas decorrente recaiam indistintamente sobre agentes públicos que não se mostram merecedores de pena. Atos causadores de dano ao

---

[817] BARCIA L, Rodrigo. Op. Cit., p. 82.

[818] "[...] Esta última no se puede presumir por el mero hecho de encontrarse en posición de garantía y debe acreditarse razonadamente, al menos de forma mínima, por parte de quien efectúa la acusación. Lo contrario, constatar sin más a posición de garantía, resulta muy cómodo, pero es incompatible con los postulados del Estado de Derecho. Se trata de acreditar que el sujeto se encontraba, ex ante, en condiciones de poder impedir el resultado, no de acreditar qué hubiera pasado si hubiera actuado porque ello implicaría un juicio hipotético, difícil de conciliar con el principio *in dubio pro reo* [...]". GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALES, Íñigo. **Derecho Administrativo Sancionador**, pp. 828-829.

[819] Mesmo não sendo objeto da pesquisa, a adoção de um modelo intermediário atrai uma série de outros princípios e regras hermenêuticas do Direito Penal, especialmente ante a proximidade deste paradigma. Dentre elas, a presunção de inocência, a necessidade de proporcionalidade na aplicação de penas e, fora de qualquer dúvida, a taxatividade da norma sancionatória. Nesta linha, ver: "[...] entendemos que las garantías sustantivas centrales derivan de principios elementares de difícilmente admiten situaciones intermedias. Piénsese, por ejemplo, en el principio de taxatividad. La seguridad jurídica no parece admitir grados intermedios: o una norma es clara en la definición de una conducta o no lo es. Lo mismo acaece con la prohibición de analogía: hay razonamiento analógico o no hay. Algo semejante puede sostenerse en lo que se refiere a la prohibición de bis in ídem o la exigencia de dolo o culpa: o concurren o no concurren. Las reacciones punitivas son proporcionadas o desproporcionadas, etc. *Tertium non datur* [...]". GÓMÉZ TOMILLO, Manuel. Los daños punitivos, p. 31. E ainda LESSA, Sebastião José. **Improbidade Administrativa**: Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 152-153.

erário – mesmo que apenas presumido – ocasionam a aplicação de pena, sem que se apure o necessário grau de culpabilidade de seus autores.

Em outras palavras, a opção hermenêutica atualmente chancelada pelo STJ permite que a Lei nº 8.429/92 seja utilizada para aferir a boa gestão pública, finalidade à qual jamais deveria se destinar tal norma, essencialmente punitiva e estigmatizante.

Em razão deste cenário, boa parte da doutrina firma posição no sentido da inconstitucionalidade da improbidade administrativa do art. 10 em sua modalidade culposa. Sustenta-se, sem maior digressão, que "*[...] não se pode conceber a ideia de que alguém atue com desonestidade ou de maneira corrupta, com desvio de caráter, simplesmente por negligência, imprudência ou imperícia [...]*", concluindo, por silogismo, que "*[...] não havendo má-fé, não se encontra, também, razão de punir [...]*"[820]. No mesmo sentido é a posição de ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, quando afirma ser "*[...] inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as ideias de má-fé, deslealdade, a denotar dolo [...]*"[821] e de FRANCISCO OCTÁVIO DE ALMEIDA PRADO, para quem "*[...] a ideia de culpa, traduzida na imprudência, imperícia ou negligência, é incompatível com a noção de improbidade [...]*"[822].

WALDO FAZZIO JÚNIOR segue por caminho diverso, entendendo que a improbidade culposa é uma espécie anômala de "*[...] improbidade administrativa por assimilação [...]*", considerando-a uma conduta apenas equiparada à "*[...] improbidade nuclear [...]*", "*[...] uma vez que sem apego à ficção, não se poderá compatibilizar o contingente de má-fé dos atos de improbidade com a imprevisibilidade (substância do agir culposo) [...]*"[823].

Nada obstante respeitáveis os entendimentos, uma vez que aferrados no compromisso com os princípios que regem o direito sancionatório, é missão da investigação científica, tanto quanto possível, respeitar o comando legislativo, preservando algum campo

---

[820] FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade Administrativa**: Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 127.

[821] ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade Administrativa**: Questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108. No mesmo sentido: HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa**: Comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 15-16.

[822] PRADO, Francisco Octávio Almeida Prado. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37.

[823] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 137-138.

de atuação da norma. A chave para superar este conflito reside em compreender a extensão das consequências que decorrem do atrelamento da má-fé ao dolo, como se cuidassem de um mesmo conceito, o que se refutou no subitem precedente. A flexibilização da culpa na atual interpretação do STJ tem por fundamento exatamente tal leitura, vez que se assenta que na ideia de que "*[...] não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa [...]*"[824].

Assim, se a má-fé somente existe quando se fala em dolo, seria dispensável tal elemento na configuração das infrações culposas, autorizando que se configure a improbidade administrativa mesmo quando o agente não demonstrou desonestidade no trato com a coisa pública. Como dito, vale-se de uma lei de caráter eminentemente punitivo, com o intuito de controlar a qualidade da gestão pública.

Sob outra leitura, aquela aqui proposta, se a má-fé for considerada como elemento distinto do dolo e sempre exigível, qualquer que seja a modalidade de improbidade de que se trate, preserva-se de forma coerente o norte de aplicação da Lei nº 8.429/92, reservando-a àqueles que demonstram inaceitável descompasso com o compromisso assumido de bem tratar a coisa pública.

A incorporação da má-fé ou da desonestidade na apreciação da culpa esbarra, contudo, nas balizas que a jurisprudência firma para o tema, eis que as categorias apreciadas seguem sendo aquelas oriundas do Direito Civil, a demonstrar mais uma vez o desacerto da opção. Enquanto se avaliar a culpa sob os paradigmas civilistas da culpa *in eligendo* e *in*

[824] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.685.214, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21.11.2017, DJE em 19.12.2017.

vigilando[825] ou da dicotomia entre culpa leve[826] e culpa grave[827], não se logrará compreender como é possível promover o encaixe da culpa com a má-fé.

Este encaixe é possível – e necessário – ao se analisar a questão sob a luz da dicotomia do Direito Penal entre culpa consciente e culpa inconsciente. Conforme explica MIR PUIG, enquanto na culpa inconsciente o agente "*[...] não é consciente, em absoluto, da periculosidade de sua atuação [...]*", na culpa consciente, mesmo antevendo a possibilidade, "*[...] não crê provável que no seu caso vá se converter em lesão [...]*"[828]. A consciência da existência de uma probabilidade de lesão – ou colocação em risco de lesão, para alguns casos – do bem jurídico tutelado e a decisão consciente de seguir com o seu curso marcam a diferença, sendo certo que há quem defenda que a culpa inconsciente nem mesmo supera o limiar da culpabilidade[829]. Nos casos de culpa consciente é possível reconhecer que há um caráter imperativo da norma sancionatória, que chega ao conhecimento do agente, orientando contra a realização de uma conduta[830]. Por um erro de

---

825 "[...] flagrante, portanto, o descaso, o desleixo e a omissão no trato da coisa pública. Especialmente diante da circunstância de que a funcionária a quem se cometeu tão graves e vultosas responsabilidades era novata, contratada já na gestão do primeiro apelante como presidente. Evidente a culpa *in elligendo* e *in vigilando* de ambos os vereadores responsáveis pelo patrimônio da Câmara [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 601.935, da 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12.12.2006, publicado em 08.02.2007, p. 5.

826 "[...] não se trata de culpa leve, característica do agente inábil, aquela que conduz o administrador no erro interpretativo em busca do significado mais correto da aplicação da lei [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 879.040, da 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21.10.2008, publicado em 13.11.2008, p. 2. No sentido de entender inadmissível a imputação a título de culpa, quando esta for leve ou levíssima, ver: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Racena. A Prova e a Responsabilidade de Terceiros Contratantes com o Poder Público na Ação de Improbidade Administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Racena (Coord.). **Improbidade Administrativa**: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 363.

827 "[...] no caso dos autos, não ficou evidenciada a prática de ato doloso ou em culpa grave que tenha efetivamente causado prejuízo ao Erário Municipal ou maculado os princípios administrativos, pois a circunstância de o gestor ter efetuado uma prestação de contas tecnicamente deficiente pode, se muito, constituir irregularidade ou mera ilegalidade na Gestão Pública, corrigível administrativamente – e até mesmo punível sob o ponto de vista de normas reguladoras internas –, jamais resultando em prática de ato ímprobo, que exige a desonestidade , a lesão, ou o proveito [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 80.466, da 1ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13.03.2018, DJE em 22.03.2018, p. 8.

828 "[...] el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar un bien jurídico (dolo directo), o admite que es probable que lo lesione (dolo eventual), que ante quien, o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de su actuación (culpa inconsciente), o bien, aun siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión (culpa consciente) [...]". MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, pp. 69-70.

829 "[...] La punibilidad de la culpa inconsciente no es obvia. No es seguro que sea compatible con el principio de culpabilidad [...]". BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho penal**. Parte general. Bogotá: Temis, 1996, p. 219.

830 "[...] Sin embargo, ello no significa que la norma de cuidado deje entonces de querer motivar, sino que, por el contrario, la imprudencia consiste en este caso, ante todo, en no haber advertido el autor el imperativo de la norma. Que el autor no haya reconocido dicho imperativo no puede significar que éste no exista, y que éste

avaliação, acredita que o resultado não será aquele proibido pela norma, mas ainda assim o persegue.

A dicotomia aqui exposta nenhuma relação guarda com as modalidades de culpa previstas no Código Penal[831] – negligência, imperícia e imprudência -, eis ser indiferente para os fins da análise empreendida se a culpa se manifesta por uma ou outra das formas. Na compreensão de ZAFFARONI, é equivocada a tentativa de identificar a culpa inconsciente com a negligência e a consciente com imperícia e imprudência[832].

Ainda que para o Direito Penal sejam equivalentes as hipóteses de culpa consciente e inconsciente, do ponto de vista da imputação[833], o mesmo não ocorre com a improbidade administrativa, eis que entra em cena a necessidade de apurar a existência de má-fé ou desonestidade na conduta do agente. Como reiterado anteriormente, cuidando de elemento externo ao dolo, a má-fé não se direciona especificamente aos elementos do tipo, mas a um estado mental que anima o agente e que demonstra seu desapreço pelos deveres de cuidado impostos por sua condição. Este desapreço do agente público difere daquele comum a todo cidadão – razão pela qual merece tratamento mais gravoso - na medida em que os deveres que lhe são impostos vinculam-no por liame diverso do que une o particular com o ordenamento jurídico em sentido amplo. Nesta linha de raciocínio, se o agente público representou efetivamente o risco envolvido com sua conduta, o dever de probidade impede que ele aja imbuído de desprezo por sua posição, ainda que acreditando não vir a ocorrer o resultado danoso.

Assim é que se pode efetuar a ligação que autoriza o reconhecimento da improbidade culposa apenas nas hipóteses em que se demonstrar que o sujeito tinha pleno conhecimento da possibilidade de cometimento da conduta típica. Não se ignora a proximidade desta acepção de culpa com o dolo eventual, bem como a dificuldade de produção de prova em um sentido ou noutro, problema que desde sempre atormentou o Direito Penal[834]; mas

existe lo demuestra el mismo hecho de la punibilidad de la culpa consciente, que sería absurda si la norma de cuidado renunciara en ella a seguir expresando un imperativo [...]". MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho penal**: Concepto y método. 2ª Ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 43.

[831] BRASIL. **Código Penal**, art. 18, II.

[832] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**, p. 386.

[833] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**, p. 412.

[834] MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, p. 257-258. A proximidade entre as concepções é tamanha que, em outras tradições jurídicas, como a da Common Law, pode-se reconhecer que dolo eventual e culpa consciente estão absorvidas em um mesmo estado mental, o *recklessness*, como ensina FELIX CIFREDO CANEL. Cf. CIFREDO CANCEL, Félix A. La intención y los otros elementos subjetivos del injusto penal en los sistemas anglosajón y civilista: hacia una teoría unitaria. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, V. 63, 1994, p. 39-88. Para uma análise sob a perspectiva do direito brasileiro, ver: SHECAIRA, Sérgio Salomão, Crime de

justifica-se a tomada de posição na tese, além dos motivos metodológicos expostos[835], pela identidade de pena que há na Lei nº 8.429/92[836]. Afinal, o dispositivo relativo às sanções atreladas à improbidade administrativa do art. 10 não difere, em abstrato, as penas aplicáveis em caso de cometimento da improbidade dolosa ou culposa que cause lesão ao erário. Mesmo reconhecendo a desproporcionalidade radicada na opção legislativa, é certo que a dificuldade de identificação, sob um ponto de vista prático, não traz um tratamento díspar quando cuidar de imputação do tipo do art. 10, como ocorre em outras searas[837].

Há de se reconhecer, contudo, que por vezes os deveres vinculados ao exercício de cargo ou função na Administração Pública são previstos apenas de forma genérica, em leis ou regulamentos, sem a concretude necessária para que se possa afirmar que o agente tinha conhecimento de sua existência na questão específica que se analisa[838]. Neste sentido, entende-se promissora a linha de investigação que sugere a adoção, com as adaptações necessárias, de modelos de *compliance* no âmbito do Poder Público, logrando detalhar de antemão as tarefas e deveres exigíveis em cada situação[839].

---

trânsito – Responsabilidade objetiva – Dolo eventual e culpa consciente. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Método, 2007, pp. 95 e ss.

[835] Além daqueles já expostos, soma-se a possibilidade de efetuar a distinção mantendo uma leitura cognitiva do elemento subjetivo, sem a necessidade de recorrer a uma concepção volitiva do dolo ou da culpa. Ver: "[...] en el contexto de la doctrina penal continental, el punto suele ser formulado en términos de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. Desde el punto de vista de la concepción del dolo como criterio de imputación, ha de tomarse partido por una teoría cognoscitiva para la demarcación del dolo eventual y la culpa consciente, pues el dolo eventual constituye el nivel de representación del hecho que hace posible la imputación ordinaria a la capacidad de evitación intencional del sujeto. En cambio, la imprudencia, incluso en la forma de una culpa consciente, constituye un criterio de imputación extraordinaria, lo cual supone la falta del conocimiento suficiente para afirmar la capacidad de evitación (supuesta la motivación de evitar). Esto implica que el objeto cognoscitivo propio del dolo eventual no es el mismo que el objeto de la 'consciencia' en la culpa consciente. Mientras que el dolo eventual consiste en la creencia (correcta o errónea) de que la conducta que el sujeto se dispone a ejecutar inmediatamente conlleva una alta probabilidad de que se satisfagan las condiciones de las cuales depende su carácter prohibido, en la culpa consciente el sujeto solo se representa la posibilidad de que mediante su comportamiento actual quede eventualmente, en situación de incapacidad de evitar, en el momento relevante para la decisión bajo la norma, la realización de un comportamiento prohibido [...]". MANALICH RAFFO, Juan Pablo. Bases para una teoría comparativa del hecho punible. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, V. 75, 2006, p. 27 (pp. 1-103).

[836] "[...] Art. 12. 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 [...]". BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

[837] OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo. *Ius et Praxis*, V. 14, N. 1, 2008, p. 64 (pp. 49-85).

[838] ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do Agente Público**: Individualização da sanção por ato de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 125-170.

[839] Sobre o tema, em profundidade, ver: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dir.). **Public Compliance**: Prevención de la corrupción em administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, CAMPOS ACUÑA, Concepción. **Compliance en la Administración Pública**: dificultades y propuestas. Granada: CEMCi, 2017 e FERNÁNDEZ AJENJO, José

A solução apontada sugere ainda a resolução de uma questão prática que atormenta quem se debruça sobre o tema da improbidade administrativa e seu elemento subjetivo, que é garantir, a um só tempo, a preservação do patrimônio público e o respeito aos direitos e garantias fundamentais na seara do direito punitivo. Isto porque quatro são as hipóteses que se colocam ante um ato que tenha causado prejuízo ao erário público, aqui elencadas em escala decrescente de acordo com o liame subjetivo que une autor e conduta em cada caso.

A primeira delas, é que tenha decorrido de uma atuação dolosa por parte do agente, com pleno conhecimento das circunstâncias delineadas no tipo, o que poderá acarretar na condenação sob o tipo do art. 10.

Na segunda, tem-se a conduta praticada com culpa consciente: o autor tinha o dever de conhecer o risco envolvido, o conheceu efetivamente, mas prosseguiu em sua atuação, demonstrando o desapreço em relação aos seus deveres como agente público, acreditando que não chegaria a causar a lesão ao erário. Aqui também, como visto, autoriza-se a imputação do tipo do art. 10.

Na quarta hipótese – invertendo propositalmente a explanação -, tem-se um mero acidente. Há dano ao erário, mas seu autor, ainda que ostentando o mesmo dever de conhecimento que é próprio de sua função, não tinha capacidade de apreciar o risco envolvido[840]. Neste caso, nem mesmo de responsabilidade civil se há de falar, uma vez que a lei não prevê hipótese de responsabilidade objetiva – sem culpa – para o caso do agente público que causa dano sem possiblidade de representação do risco[841].

Por fim, no caso da terceira situação, a culpa inconsciente, tem-se um agente que causou dano com culpa, mas apenas quando compreendida sob a luz do Direito Civil, culpa sem representação, em cenário no qual era possível ter estimado o risco do ocorrido. Diante desta circunstância, sendo possível a responsabilização civil, tem-se a improcedência do pedido do autor no que toca à declaração da ocorrência de ato de improbidade administrativa, mas julga-se procedente a parte relativa à determinação da recomposição do erário público. Sendo absolutamente distintas as questões – e por não ser propriamente pena o

---

Antonio. **El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción**: Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

[840] Exemplo do caso é lembrado por ROSAURA MOREIRA BRITO BASTOS, ao citar o caso do servidor que, dirigindo veículo de propriedade do Poder Público, envolve-se em acidente, por culpa de terceiro, causando dano ao erário. BASTOS, Rosaura Moreira Brito. **Improbidade Administrativa**: Conteúdo Jurídico e Dimensão Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 99.

[841] BRASIL. **Código Civil**, art. 927, parágrafo único.