

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Responsabilidade subjetiva e objetiva no domínio da improbidade

Felipe Humberto Meneghello Ebenau

São Paulo
2020

Felipe Humberto Meneghello Ebenau

Responsabilidade subjetiva e objetiva no domínio da improbidade

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo de Direito Administrativo, sob a orientação do(a) Prof. Dr. José Roberto Pimenta Oliveira.

São Paulo

2020

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta dissertação de mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: ____ de _____ de _____

e-mail: _____

EBENAU, Felipe Humberto Meneghello. **Responsabilidade subjetiva e objetiva no domínio da improbidade**. São Paulo, 2020.

168 f.

Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Orientador: Professor Doutor José Roberto Pimenta Oliveira

DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/1992. LEI Nº 12.846/2013. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade objetiva. Elemento subjetivo. Culpabilidade. Administração Pública. Moralidade.

Felipe Humberto Meneghello Ebenau

Responsabilidade subjetiva e objetiva no domínio da improbidade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo de Direito Administrativo, sob a orientação do(a) Prof. Dr. José Roberto Pimenta Oliveira.

APROVADO em _____ de _____ de _____, São Paulo/SP.

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

Aos mestres que encontrei durante toda a minha vida.

Agradecimentos:

Agradeço ao meu Orientador, Dr. José Roberto, alguém com quem partilho ideias e ideais, que com sua paciência e gentileza me mostrou o caminho do conhecimento, que me incentivou a seguir sempre em frente com os trabalhos, mesmo diante de todas as adversidades e intermitências ocorridas especialmente no ano de 2020.

Agradeço à minha família, materna e paterna, pela devoção dedicada à minha educação. Espero algum dia estar à altura do esmero a mim destinado.

Agradeço aos grandes amigos Aaron, Alexander, Andreas, Bel, Bruno, Carol, Chris, Ciro, Daniela, Frank, Gabi, Lucidio, Luiz, Luiza, Núria, Patrícia, Renan, Rodrigo, Ruberlaine, Volker e Yuri, pelo cuidado, amor e lealdade, que com muita paciência entenderam a minha ausência em diversas ocasiões e que tornaram mais leves as angústias da Pós-Graduação.

Agradeço aos amigos da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, Aline, Dr. Andrey, Célia, César, Dimitri, Marcos, Mari, Paula e Wodan, que me apoiaram na empreitada, sempre com muita compreensão.

Agradeço aos professores da PUC-SP e da FFLCH-USP pelos valorosos conhecimentos transmitidos durante os anos de Graduação e Pós-Graduação.

Agradeço aos queridos colegas de Mestrado, Ana Júlia, Denis, Milena, Pedro e Renata, pelo incentivo, apoio e troca de conhecimentos durante o curso.

O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternos e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou.

(RAYMUNDO FAORO, 1958, p. 837)

Resumo:

O presente estudo versa sobre o tema da responsabilidade subjetiva e objetiva no sistema de improbidade administrativa. O que se pretende é a investigação a respeito de como o tema vem sendo tratado no meio jurídico, de modo a apurar como, em que termos, e em que condições, se dá a responsabilização objetiva e subjetiva por improbidade administrativa. São abordados os aspectos relativos às modalidades “culpa” e “dolo” na Lei nº 8.429/1992, bem como em que medidas o elemento subjetivo influencia na responsabilização subjetiva por improbidade administrativa, tendo em vista a intensa discussão sobre a matéria. Ademais, a apuração da responsabilidade por ato de improbidade administrativa recebeu novo foco, especialmente a partir da edição da Lei nº 12.846/2013 e foi transportada para o campo objetivo, o que constitui parte do objeto do presente trabalho. A investigação sobre as diferenças entre as responsabilidades subjetiva e objetiva, bem como de suas nuances no sistema de responsabilização por ato de improbidade levaram à conclusão de que os casos da Lei nº 8.429/1992 devem ser tratados exclusivamente sob o signo da responsabilidade subjetiva, enquanto, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva é admitida apenas nos termos previstos na Lei nº 12.846/2013.

Palavras chave: Improbidade administrativa. Elemento subjetivo. Culpabilidade. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade objetiva. Administração Pública. Moralidade.

Abstract:

This study deals with the topic of fault liability and strict liability in the Brazilian legal system of administrative dishonesty. It intends to investigate how the topic has been treated in the legal environment, in order to ascertain how, under which terms, and under which conditions, fault liability and strict liability give way to administrative dishonesty. Aspects related to “negligence” and “intent” modalities in the Law No. 8.429/1992 are addressed, as well as to what extent the subjective element influences the fault liability for the act of administrative dishonesty, in view of the intense legal discussion on the matter. Furthermore, the verification of accountability for an act of administrative dishonesty received a new focus, especially after the enactment of Law No. 12.846/2013, and was transposed to the strict liability field, which is part of the topic of the present work. Investigations of the differences between fault and strict liabilities as well as their nuances in the Brazilian legal system of accountability for acts of administrative dishonesty have revealed the following conclusion: Law No. 8.429/1992 cases are to be dealt with exclusively under the concept of fault liability, and correspondingly, cases of strict liability are exceptional and are to be dealt with only under the terms of the Law No. 12.846/2013.

Keywords: Administrative dishonesty. Subjective element. Culpability. Fault liability. Strict liability. Public administration. Morality.

Lista de abreviaturas:

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI – Ato Institucional
CGI – Comissão Geral de Investigações
CP – Código Penal
DAS – Direito Administrativo Sancionador
FCPA – Foreign Corrupt Practices Act
LC – Lei Complementar
LGIA – Lei Geral da Improbidade Administrativa
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LIPJ – Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
PAR – Processo Administrativo de Responsabilização
PL – Projeto de Lei
PSL – Partido Social Liberal
PT – Partido dos Trabalhadores
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

INTRODUÇÃO.....	12
1. O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	14
1.1 Conceito de improbidade.....	14
1.2 Aspecto histórico da improbidade administrativa.....	17
1.2.1 A evolução do conceito de improbidade nas Constituições brasileiras.....	18
1.2.2 A evolução do conceito de improbidade no plano infraconstitucional.....	22
1.2.2.1 A Lei Bilac Pinto e a Lei Pitombo-Godoy Ilha.....	22
1.2.2.2 Atos institucionais e a ditadura militar.....	25
1.2.2.3 A Lei da Ação Popular.....	27
1.3 A improbidade administrativa como sistema autônomo de responsabilização.....	27
1.4 A Lei nº 12.846/2013 – Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas (LIPJ).....	33
1.4.1 A LIPJ integrada ao sistema de responsabilização por improbidade.....	36
2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA EM OUTROS SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO.....	38
2.1 Direito Civil.....	39
2.1.1 Responsabilidade Civil.....	39
2.1.1.1 Responsabilidade Civil <i>stricto sensu</i> (extracontratual) e responsabilidade negocial (contratual).....	43
2.1.1.2 A Responsabilidade Civil subjetiva.....	44
2.1.1.3 A Responsabilidade Civil objetiva.....	48
2.1.2 Responsabilidade Civil por danos a interesses difusos e coletivos.....	50
2.1.3 Imputabilidade no direito civil.....	52
2.1.4 Responsabilização das pessoas jurídicas no direito civil.....	52
2.1.5 Responsabilidade subjetiva e objetiva no direito civil.....	55
2.2 Direito Penal.....	57
2.2.1 Crime doloso e crime culposos.....	59
2.2.2 Elementos da culpabilidade.....	65
2.2.3 Excludentes de culpabilidade.....	67
2.2.3.1 Erro de tipo.....	68

2.2.3.2 Erro de proibição.....	69
2.2.3.3 Coação irresistível e obediência hierárquica.....	69
2.2.3.4 Inimputabilidade.....	70
2.2.4 Responsabilização das pessoas jurídicas no direito penal.....	71
2.2.5 Responsabilidade subjetiva e objetiva no direito penal.....	75
2.3 Direito Administrativo Sancionador (DAS).....	77
2.3.1 O campo de abrangência do DAS.....	77
2.3.2 Voluntariedade do agente.....	79
2.3.3 Responsabilização da pessoa jurídica no DAS.....	83
2.3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva no DAS.....	84
3. RESPONSABILIZAÇÃO NO SISTEMA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	86
3.1 Responsabilidade subjetiva: Lei de Improbidade – Lei nº 8.429/1992.....	86
3.1.1 A exigência de culpabilidade – reprovabilidade da conduta.....	89
3.1.2 A exigência de elemento subjetivo – dolo e culpa.....	94
3.1.2.1 Interpretação doutrinária acerca do elemento subjetivo.....	96
3.1.2.2 Interpretação jurisprudencial acerca do elemento subjetivo.....	98
3.1.2.3 Elemento subjetivo nos tipos da Lei de Improbidade.....	102
3.1.2.3.1 Artigo 9º.....	103
3.1.2.3.2 Artigo 10.....	111
3.1.2.3.3 Artigo 10-A.....	117
3.1.2.3.4 Artigo 11.....	118
3.1.2.4 Inovações trazidas pela alteração do art. 28 da LINDB.....	126
3.1.3 Responsabilidade subjetiva de pessoas jurídicas.....	128
3.2 Responsabilidade objetiva: Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas – Lei nº 12.846/2013.....	130
3.2.1 Superação da responsabilidade subjetiva da Lei nº 8.429/1992 para as pessoas jurídicas.....	131
3.2.2 Controvérsia doutrinária sobre a responsabilidade objetiva.....	131
3.2.2.1 Corrente favorável.....	132
3.2.2.2 Corrente desfavorável.....	135
3.2.2.3 Posição do autor.....	136
3.2.3 Programas de integridade na responsabilização de pessoas jurídicas.....	139
3.2.3.1 Definição de programa de integridade.....	140
3.2.3.2 Efeitos do programa de integridade na responsabilização.....	141

3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva na dosimetria das sanções.....	143
3.3.1 Responsabilidade subjetiva e dosimetria de sanções na Lei nº 8.429/1992.....	144
3.3.2 Responsabilidade objetiva e dosimetria de sanções na Lei nº 12.846/2013.....	146
CONCLUSÃO.....	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	153

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios e regras atinentes à moralidade e à devida probidade no exercício da função administrativa. A Lei Geral de Improbidade Administrativa – LGIA (nº 8.429/1992), comumente referida apenas como Lei de Improbidade, veio, nesse sentido, como forma de regular, de maneira mais minuciosa, os casos de improbidade, as sanções, as providências processuais, entre outros.

A lei, no entanto, foi pouco clara a respeito do elemento subjetivo e da culpabilidade de uma forma geral. Em outras palavras, a lei não indicou quais os parâmetros subjetivos que autorizam a atribuição de responsabilidade por determinado ato ímprobo.

Os artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade são praticamente silentes a respeito do elemento subjetivo, não sendo possível extrair da letra expressa da lei se condutas dolosas, culposas, ou ambas, podem constituir atos de improbidade. Mesmo o art. 10 da Lei, no qual há referência expressa a “condutas dolosas ou culposas”, não deixa transparecer com exatidão a medida da culpabilidade do agente. Ainda, a solução jurisprudencial que estabeleceu o dolo como regra geral de incidência da Lei de Improbidade merece discussão aprofundada, inclusive acerca do próprio conceito de dolo a ser utilizado.

Além do dolo e da culpa (*stricto sensu*), a responsabilização na esfera da improbidade ainda merece análise sob a ótica da responsabilidade objetiva e do seu cabimento, tendo em vista que a Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas (nº 12.846/2013) trouxe em 2013 inovações relevantes na área, que ainda são objeto de profundas discussões no meio jurídico.

Nesse passo, coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de solucionar o problema do elemento subjetivo e da culpabilidade na responsabilização por improbidade, o que vem sendo feito muitas vezes sem consenso ou de maneira oscilante.

Objetiva-se no presente trabalho, desse modo, (i) apontar as diretrizes teóricas atinentes à responsabilidade no âmbito da improbidade administrativa; (ii) detectar os principais problemas que a responsabilidade subjetiva e objetiva no âmbito da improbidade administrativa enfrenta; e (iii) reunir e relacionar entendimentos sobre a aplicação da responsabilidade subjetiva e objetiva no âmbito da improbidade.

Não se espera inovar, até porque esse não é propósito de uma dissertação. Entretanto, a maneira oscilante como a matéria é tratada e as divergências acerca do tema permitem que esse estudo sirva ao menos para provocar novo olhar sobre a questão.

Em relação à metodologia de pesquisa, a dissertação divide-se em três partes principais. Na primeira, são trazidos aspectos gerais do sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa; na segunda, há uma exposição da responsabilidade subjetiva e objetiva em diferentes sistemas de responsabilização; e, na terceira, há um aprofundamento no aspecto da responsabilização por improbidade. No capítulo 1, será trazida a posição do sistema de improbidade administrativa dentro do sistema de responsabilidade dos agentes públicos, abordando-se o conceito de improbidade, um histórico do instituto e o fundamento constitucional. No capítulo 2, será elaborada uma exposição acerca da maneira como diferentes sistemas de responsabilização abordam a responsabilidade subjetiva e objetiva. Serão tratadas as seguintes esferas de responsabilização: (i) Direito Civil; (ii) Direito Penal; e (iii) Direito Administrativo Sancionador. No capítulo 3, o tema da responsabilidade no sistema de improbidade administrativa será devidamente tratado com base os conceitos trazidos nos capítulos anteriores, abordando-se separadamente a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva.

Em relação ao desenvolvimento metodológico-procedimental, vale observar que ao longo do texto, as citações de legislação são colocadas preferencialmente em notas de rodapé, com o fito de facilitar a fluência da leitura, evitando quebras desnecessárias de parágrafos.

1. O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No presente capítulo será exposto, em uma perspectiva macroscópica, o principal campo de estudo da presente dissertação: o sistema de responsabilização por improbidade administrativa. Serão trazidos o conceito de improbidade administrativa, um breve histórico desse instituto no direito brasileiro, a posição atual do sistema perante a Constituição Federal de 1988 e considerações a respeito de sua aplicabilidade. A finalidade é expôr o funcionamento do campo de aplicação da improbidade administrativa, para que seja possível desenvolver posteriormente o objeto principal do estudo aqui desenvolvido: a responsabilidade subjetiva e objetiva.

1.1 Conceito de improbidade

O vocábulo “improbidade”¹ denota desonestidade. O termo, por definição, é o contrário de “probidade”², ou seja, é o contrário dos conceitos de retidão, honestidade e decoro. Ímprobo é, portanto, aquilo desonesto, imoral, de má índole.

No âmbito jurídico, o conceito de improbidade é, na essência, o mesmo. A improbidade do universo jurídico guarda íntima relação com aquilo que atenta contra o princípio da moralidade administrativa, previsto de maneira expressa no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988³. A Constituição de 1988 prevê a moralidade como um princípio, ou seja, uma norma geral abstrata necessária para construir, sustentar e informar os valores que deverão preponderar na edificação das prescrições normativas em um dado ordenamento jurídico (ZOCKUN, 2008, p. 37). Segundo o princípio constitucional da moralidade, a Administração e os agentes públicos, por ocuparem esta posição, devem necessariamente pautar suas condutas conforme preceitos morais. Para a professora Lúcia Valle Figueiredo, o princípio da moralidade corresponde “ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os standards comportamentais que a sociedade deseja e espera” (FIGUEIREDO, 2008, p. 57). A submissão

1 Segundo o dicionário da Academia Brasileira de Letras: “(im.pro.bi.da.de) s.f. 1. falta de probidade ou adequação. 2. inconveniência, inoportunidade. 3. inexatidão, incorreção, incoerência, absurdo” (YOUSSEF, 2008).

2 Segundo o dicionário da Academia Brasileira de Letras: “(pro.bi.da.de) s.f. Integridade de caráter; retidão; honestidade” (YOUSSEF, 2008).

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

à moral é, assim, uma característica essencial que deve ser obedecida por todos aqueles que se relacionam com o Estado, especialmente os agentes públicos.

Destaca-se, desse modo, que a probidade administrativa é uma forma de moralidade que mereceu atenção especial da Constituição. Foi nesse sentido que a disposição do art. 37, § 4º da Constituição⁴ determinou a punição do ímprobo com a suspensão de seus direitos políticos, perda da sua função pública, indisponibilidade de seus bens e ressarcimento ao Erário.

Diante do esforço constitucional consciente na direção da proteção da moralidade, foi editada em 1992 a Lei nº 8.429, que regulamentou a já mencionada disposição constitucional do art. 37, § 4º, completando o regramento constitucional em diversos aspectos. Merece destaque, nesse sentido, que a improbidade administrativa, a partir da Lei nº 8.429/1992, passou a ser um conceito juridicamente positivado, equivalendo a três categorias jurídicas bem delineadas: (i) atos que importam enriquecimento ilícito; (ii) atos que causam prejuízo ao Erário; e (iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública⁵.

Na lição de Wallace Paiva Martins Júnior (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 207), o ato de improbidade administrativa resta caracterizado quando existe a ilicitude (antijuridicidade) do ato, abrangendo tanto a sua **imoralidade** quanto a sua **ilegalidade** (grifos nossos). Em outras palavras, improbidade, no seu sentido jurídico, é aquilo que **em lei** está definido como ofensa à **moralidade**.

Em suma, improbidade administrativa é um conceito constitucional que corresponde a uma afronta à moral⁶ cometida por agentes públicos no exercício de suas funções estatais. Juridicamente, as hipóteses de ato de improbidade administrativa podem ser verificadas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Na realidade brasileira, porém, verifica-se na existência paralela de probidade e Administração Pública um problema espinhoso.

A improbidade administrativa pode assumir diversas formas, a corrupção é nitidamente uma delas. A corrupção, aqui em uma acepção geral – não técnica⁷ –, remonta a

4 Art. 37. (...) § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

5 Em alteração promovida em 2016 por meio da Lei Complementar nº 157, foi incluída na Lei de Improbidade um quarto tipo de ato de improbidade: ato que concede indevidamente benefício financeiro ou tributário. Tal inovação legislativa, no entanto, não elimina as três categorias principais trazidas pela Lei de Improbidade em 1992.

6 Moral deve ser entendida como o standard comportamental imposto pela sociedade, absolutamente necessário àqueles que exercem a função pública.

7 Considerada aqui como o conjunto de atividades de troca que visam obtenção de vantagem ilícita, e não no seu sentido técnico exposto no Código Penal brasileiro, que prevê de maneira expressa dois delitos de

milênios, e já foi objeto de inúmeros estudos. Há consenso, entretanto, de que ela atinge os piores graus da indignidade humana, degenerando e degradando qualquer nação de múltiplas formas. Como ofensa à moral e deturpação da boa administração, obviamente a corrupção se enquadra, em qualquer lugar do mundo, no conceito de desonestidade e imoralidade.

No Brasil não é diferente. Sucessivos escândalos de corrupção ao longo da história brasileira revelam que o problema é grave. A corrupção e a improbidade administrativa – se é que fora do sentido técnico tais expressões possuem significados distintos – atingiram patamar institucional em uma sociedade historicamente marcada pelo patrimonialismo. Raymundo Faoro, em sua obra *Os Donos do Poder*, publicada em 1958, já pontuava de forma emblemática o problema do patronato nas relações político-administrativas, que atrelava o exercício do poder político às relações e interesses pessoais⁸. A situação agravou-se ao ponto de a corrupção chegar a ser naturalizada, vista como um mal necessário, um custo inevitável para funcionar em uma sociedade imperfeita. Prova disso é o lançamento da mística popular do “rouba, mas faz”, criada nos anos 1950 em relação aos políticos cujos atos de corrupção, embora conhecidos por todos, deveriam ser tolerados, uma vez que, ao menos, seriam capazes de oferecer uma resposta concreta às demandas populares.

Como fenômeno complexo, a corrupção deve ser interpretada e combatida, por seu turno, também de maneira complexa. O jurista alemão Sebastian Wolf, nesse sentido, destaca que apenas modelos abrangentes, que combinam múltiplos instrumentos preventivos e repressivos, mostram-se razoáveis no combate à corrupção:

No campo de pesquisa da corrupção, assim como na prática administrativa, firmou-se o entendimento de que apenas conceitos anticorrupção abrangentes, que combinam diferentes medidas preventivas e repressivas, mostram-se sensatos. (...) Diferentes campos do direito podem ser utilizados no combate à corrupção, principalmente o direito criminal, o direito administrativo, o direito disciplinar, o direito do trabalho e o direito civil. (WOLF, 2014, p. 90, tradução nossa)⁹

José Roberto Pimenta Oliveira, do mesmo modo, também ressalta a importância da integração dos diferentes sistemas para o controle da atuação dos agentes públicos e o consequente aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito:

corrupção: a ativa (artigo 333) e a passiva (artigo 317).

8 A obra de Faoro não encontra paralelo na literatura nacional. Mais de meio século depois de seu lançamento continua a impressionar pela sobriedade e detalhamento com os quais interpreta a configuração nacional que formou o patronato no Brasil. Ver: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

9 No original: “In der Korruptionsforschung wie auch in der Verwaltungspraxis hat sich mittlerweile die Erkenntnis durchgesetzt, dass nur umfassende Antikorruptionskonzepte sinnvoll erscheinen, die verschiedene präventive und repressive Instrumente kombinieren. (...) Verschiedene Rechtsmaterien können zur Korruptionsbekämpfung herangezogen werden, insbesondere das Strafrecht, Dienstrecht, Disziplinarrecht, Arbeitsrecht und Zivilrecht”.

Democracia e responsabilidade dos agentes públicos caminham juntas. As instituições constitucionalmente encarregadas do processo de sancionamento em cada esfera de responsabilidade necessitam de integração e de comunicação entre si, visando a realização de um controle da atuação dos agentes públicos de forma otimizada a engendrar maior eficiência e eficácia nos fins colimados por cada qual. (OLIVEIRA, 2009, p. 504)

Naturalmente, um esforço conjunto de diversas esferas mostra-se ideal no combate à corrupção. Infere-se nesse sentido, que além de poder ocorrer por meio de múltiplos instrumentos, o combate à corrupção e à improbidade administrativa pode se dar em duas frentes distintas: prevenção e repressão.

No entanto, apenas uma mudança vigorosa de caráter social-institucional pode começar a oferecer um panorama mais positivo. O jurista argentino Hector Mairal, em seu brilhante trabalho sobre as raízes legais da corrupção, destaca que para atingir a melhora no comportamento ético do Estado, não basta um apelo dirigido ao funcionalismo público. É ilusório pretender eliminar ou reduzir a corrupção sem limitar o poder que os representantes do Estado exercem. As soluções requerem uma pressão pública contra o flagelo, maior participação da sociedade e diluição do poder no Estado (MAIRAL, 2018, pp. 230-235).

Em suma, verifica-se que o sistema brasileiro conta com diferentes instrumentos de combate à corrupção. A improbidade administrativa é um deles. Em um dado momento da história brasileira, num esforço combativo à prática de corrupção, entendeu-se necessária a proteção, de maneira fundada e específica, da moralidade na Administração Pública. Em 1988, essa preocupação foi consubstanciada de maneira expressa na Constituição Federal, que lançou as bases para um sistema próprio de responsabilidade, paralelo e independente dos demais já existentes. No entanto, nem a disposição constitucional e nem as disposições da Lei de Improbidade surgiram de maneira aleatória no ordenamento jurídico. Há uma longa trajetória que desencadeou o surgimento do conceito jurídico de improbidade hoje verificado na Lei nº 8.429/1992, sendo imprescindível destacá-la, ainda que brevemente, para a compreensão da improbidade administrativa como sistema autônomo de responsabilização.

1.2 Aspecto histórico da improbidade administrativa

Para compreender as disposições da Lei de Improbidade como hoje são dadas, convém identificar qual a origem da ideia de “ato de improbidade administrativa” no Direito brasileiro. Os atos de improbidade administrativa, como previstos atualmente na Lei nº 8.429/1992, não nasceram do nada, eles têm um histórico no ordenamento jurídico pátrio.

Cabe, nesse aspecto, uma análise da evolução do instituto. É principalmente à luz do estudo dessa trajetória que a importância da LGIA no combate à corrupção nos moldes atuais pode ser entendida.

1.2.1 A evolução do conceito de improbidade nas Constituições brasileiras

No aspecto constitucional, todas as constituições brasileiras, à exceção da Constituição de 1824, previram a responsabilização do chefe de Estado, por crime de responsabilidade, nos casos de infração ao que chamaram de “probidade na administração”. Além disso, todas as Constituições buscaram coibir, de alguma forma, atos de improbidade de outras autoridades e agentes da administração, ainda que tais atos não fossem assim nomeados¹⁰.

A Constituição de 1824, conforme seu art. 99¹¹, previa a inviolabilidade da figura do Imperador. Não podia ele, portanto, ser responsabilizado por coisa alguma, de modo que a sua figura era sagrada. No entanto, havia previsão, conforme incisos do art. 133¹², de responsabilidade para os Ministros de Estado por (i) traição, (ii) suborno ou concussão, (iii) atos de abuso de poder, (iv) inobservância da lei, (v) óbice à liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos, ou (vi) dissipação dos bens públicos, sendo que tal responsabilidade não poderia ser excluída por ato do Imperador, conforme art. 135¹³. Além disso, havia previsão de responsabilidade aos Juizes de Direito e Oficiais de Justiça que atuassem mediante abuso de poder e prevaricação, conforme art. 156¹⁴.

A Constituição de 1891, primeira constituição republicana, inaugurou a distinção terminológica entre crime comum e de responsabilidade. Desse modo, previu como crime de responsabilidade o ato do Presidente que atentasse contra a “probidade da administração”, conforme seu art. 54, 6^o¹⁵. É a primeira menção constitucional à “probidade”, embora não houvesse regulamentação específica acerca do seu conceito. Em relação às demais

10 “Abuso de cargo”, “abuso de poder”, “negligência” foram os principais termos utilizados pelas constituições para indicar o que hoje chama-se de improbidade administrativa.

11 Na redação original: “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”. Ver: BRASIL. Constituição (1824).

12 Na redação original: “Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsaveis I. Por traição. II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observancia da Lei. V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos”. Ver: BRASIL. Constituição (1824).

13 Na redação original: “Art. 135. Não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escripto”. Ver: BRASIL. Constituição (1824).

14 Na redação original: “Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar”. Ver: BRASIL. Constituição (1824).

15 “Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: (...) 6º) a probidade da administração”. Ver: BRASIL. Constituição (1891).

autoridades, previu que os funcionários públicos seriam responsabilizados por abusos e omissões e também caso negligenciassem a responsabilização de seus subordinados, conforme art. 82¹⁶.

A Constituição de 1934, marco getulista das conquistas sociais, também previu o atentado à probidade da administração como crime de responsabilidade, conforme seu art. 57, “f)”¹⁷, porém, acrescentou a previsão de edição de norma infraconstitucional para regular a matéria. Em relação às demais autoridades, a Constituição de 1934 demonstrou uma preocupação com lesões ao Erário decorrentes da eventual atuação de funcionários públicos, conforme art. 171¹⁸, de modo que previu a responsabilização solidária com a Fazenda por prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo.

A Constituição de 1937, que inaugurou o Estado Novo, manteve a disposição constitucional anterior, mas incluiu o atentado contra a “*guarda e emprego dos dinheiros públicos*” como fator ensejador de crime de responsabilidade do Presidente, conforme seu art. 85, “d)”¹⁹. Em relação aos demais agentes públicos, a Constituição de 1937 não inovou, mantendo a mesma disposição anterior no art. 158²⁰.

A Constituição de 1946, que retomou a linha democrática, conforme seu art. 89, V²¹, previa a ofensa à probidade na administração como um crime de responsabilidade nos mesmos moldes que estavam previstos da Constituição de 1934, não havendo grande alteração na matéria. Entretanto, ressalta-se que durante a vigência desta Constituição, foi editada a Lei nº 1.079/1950, ainda hoje em vigor, que na esfera infraconstitucional disciplinou o crime de responsabilidade. Em relação aos demais agentes públicos, houve alteração significativa, lançando-se uma base mais concreta para a formulação do conceito jurídico do que hoje chama-se de improbidade administrativa. Na Constituição de 1946, surgiu a primeira menção ao sequestro e perdimento de bens e também de enriquecimento ilícito. Somente a

16 “Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”. Ver: BRASIL. Constituição (1891).

17 “Art 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: (...) f) a probidade da administração”. Ver: BRASIL. Constituição (1934).

18 “Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”. Ver: BRASIL. Constituição (1934).

19 Na redação original: “Art 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra: (...) d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público” Ver: BRASIL. Constituição (1937).

20 Na redação original: “Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos”. Ver: BRASIL. Constituição (1937).

21 “Art 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração”. Ver: BRASIL. Constituição (1946).

partir de então houve a possibilidade de sequestro e perdimento de bens em virtude do enriquecimento ilícito de agentes públicos, conforme o seu art. 141, § 31:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. **A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica,** (BRASIL. Constituição [1946] – grifos nossos) .

A Constituição de 1967, já durante a ditadura militar, não alterou a previsão do crime de responsabilidade do Presidente por ofensa à probidade, conforme art. 84, V²². Ademais, em relação aos funcionários públicos, a Constituição de 1967 acrescentou ao dispositivo da constituição anterior o conceito de dano ao Erário e, da mesma forma, previu o perdimento de bens como uma penalidade, conforme seu art. 150, §11:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. **A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.** (BRASIL. Constituição [1967] – grifos nossos).

No entanto, a partir de 05/09/1969, com o advento do Ato Institucional nº 14 (AI-14), o referido dispositivo foi alterado e passou a vigorar com uma alteração significativa, que claramente colocava o perdimento de bens como uma sanção às práticas “revolucionárias” ou “subversivas”:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, **salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar.** Esta disporá também, sobre o **perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.** (Redação dada pelo Ato Institucional nº 14, de 1969) (BRASIL. Constituição [1967] – grifos nossos).

22 “Art 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente: (...) V - a probidade na administração”. Ver: BRASIL. Constituição (1967).

Menos de um mês após a edição do AI-14, o texto constitucional foi re-editado por meio da Emenda Constitucional nº 1 de 17/10/1969²³. A nova Constituição de 1969 manteve o teor ditado pelo AI-14, que passou a vigorar sob o artigo de nº 153. Veja a redação do artigo:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, **salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar**. Esta disporá, também, sobre o **perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta** (BRASIL. Emenda Constitucional [1969] – grifos nossos).

Tal disposição vigorou até a vinda da Constituição de 1988, atualmente em vigor. Na atual Constituição Federal, houve grande inovação legislativa, consagrando-se pela primeira vez o princípio da moralidade, conforme art. 37, *caput*, e a menção à expressão improbidade administrativa, conforme art. 37, § 4º.

Diferentemente dos textos anteriores, que restringiam a tipologia dos atos de improbidade às hipóteses de dano ao Erário e enriquecimento ilícito, a nova Constituição de 1988 confere maior liberdade ao legislador ordinário, dispondo que os atos de improbidade administrativa importarão (i) a suspensão dos direitos políticos, (ii) a perda da função pública, (iii) a indisponibilidade dos bens, e o (iv) ressarcimento ao Erário (GARCIA; ALVES, 2017, p. 275). A improbidade administrativa durante a vigência da Constituição de 1988 será abordada de forma minuciosa em item ainda neste capítulo (*cf.* 1.3).

O que se verifica é que todas as constituições brasileiras exerceram, de uma maneira ou outra, um poder punitivo sobre agentes públicos que afrontassem a moralidade no exercício de suas funções. Todas elas, em seu contexto histórico, inovaram a respeito do tema

23 Considera-se que a Emenda Constitucional nº 1 de 17/10/1969 constituiu poder constituinte originário. Vale destacar o entendimento publicado em 2002 no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que deixa claro o caráter autoritário da Carta de 1969: “Com a assinatura da Emenda Constitucional nº 1, em 17 de outubro de 1969, foi afinal concretizada a reforma da Constituição de 1967, sustada até então pela doença de Costa e Silva. Entre as mudanças incorporadas ao novo texto estavam a pena de morte e a pena por banimento, em razão do aguçamento das atividades de oposição armada ao regime; a ampliação do estado de sítio, de 60 para 180 dias, com a possibilidade de sua prorrogação por tempo indeterminado; e a limitação do abuso dos direitos políticos, à liberdade de cátedra e de expressão artística. A política trabalhista e social do regime não foi tocada, mantendo-se o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o princípio, até então regulamentado, da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. Em 17 de outubro de 1969, estando em recesso forçado o Congresso Nacional, foi outorgada pelos três ministros militares a nova Carta constitucional do país que, sob a aparência de emenda constitucional, manteve o Ato Institucional nº 5. Essa Carta, se comparada com a de 1967, aprofundou o retrocesso político do país, incorporou ao seu texto medidas autoritárias dos Atos Institucionais, consagrando a intervenção federal nos Estados, a cassação da autonomia administrativa das capitais e de outros municípios, a imposição das restrições ao Poder Legislativo e a ampliação das medidas restritivas da Constituição de 1967. Enfim, a Constituição de 1969 não favorecia o ideal dos Direitos Humanos”. (CONSTITUIÇÃO..., 2002). Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=266569>>. Acesso em 23.06.2020.

da responsabilidade dos agentes públicos. A atual Constituição de 1988 não foi diferente. No contexto de consolidação do Estado Democrático de Direito, ela inovou no sentido de identificar um bem jurídico específico a ser protegido: o princípio da moralidade.

Além das diversas inovações ocorridas nas constituições ao longo dos anos, o tema da improbidade também teve uma longa trajetória no plano infraconstitucional, o que será abordado com mais minúcia no subitem seguinte.

1.2.2 A evolução do conceito de improbidade no plano infraconstitucional

Também no plano infraconstitucional, a improbidade passou por intensas transformações, conforme será destacado a seguir, nos itens que abordarão a Lei Bilac Pinto, a Lei Pitombo-Godoy Ilha, a Lei da Ação Popular e os atos institucionais da ditadura militar.

1.2.2.1 A Lei Bilac Pinto e a Lei Pitombo-Godoy Ilha

A Constituição de 1946, ainda que de forma tímida, trouxe pela primeira vez alguns dos conceitos que hoje são abordados como improbidade administrativa. Segundo o seu art. 141, § 31, previu-se a elaboração de uma lei própria para regular as consequências do enriquecimento ilícito por abuso de cargo, introduzindo ainda o conceito do perdimento de bens. Embora o conceito de improbidade (como o verificamos hoje) ainda estivesse distante, a disposição constitucional revolucionava em matéria de responsabilização de agentes públicos. Pontes de Miranda, em comentário sobre o dispositivo em questão afirmou que “a 2ª parte do § 31 é arma excelente contra o maior mal dos países sem longa educação da responsabilidade administrativa” (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 367).

Assim, durante os anos 1950, a Lei nº 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godoy Ilha) e a Lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) surgiram como forma de regulamentar a disposição constitucional.

Embora elas não fizessem uso da expressão “improbidade administrativa”, a história dos atos de improbidade previstos atualmente nos artigos 9º, 10 e 11 da LGIA começa nessas duas legislações. Tais leis foram promulgadas durante a vigência da Constituição de 1946 e, mesmo com a vinda de três outras constituições (1967, 1969 e 1988) e do regime militar (1964-1988), elas permaneceram em vigor. Ambas, que haviam sido recepcionadas pela

Constituição de 1988, acabaram sendo substituídas somente em 1992 pela Lei de Improbidade²⁴, que deu maior completude à matéria já no período democrático.

Em 1957 entrou em vigor a Lei Pitombo-Godoy Ilha. Em síntese, a lei procurava regulamentar o dispositivo constitucional e sujeitava a sequestro e perdimento os bens de servidor público adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

A oportunidade aberta pelo constituinte de 1946, entretanto, não foi bem aproveitada pelo legislador infraconstitucional no caso da Lei Pitombo-Godoy. A lei conta apenas com quatro artigos e limita-se, em grande parte, a reproduzir os termos da Constituição de 1946. Emerson Garcia refere-se à lei como “extremamente lacônica” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 276). De modo geral, a lei peca principalmente por não detalhar o que deveria ser entendido por “abuso de cargo ou função”, de modo que foi dificultada a sua aplicação.

Como ponto positivo da Lei Pitombo-Godoy, destaca-se que a ela abriu ao Ministério Público e a qualquer pessoa do povo a iniciativa da ação judicial cabível, conforme seu art. 1º, § 2º²⁵, e instituiu o registro público de bens dos servidores, conforme art. 3º²⁶.

Em 1958, entrou em vigor a Lei Bilac Pinto. Em síntese, ela previu, do mesmo modo, o sequestro e perda de bens no caso de enriquecimento ilícito por influência ou abuso do cargo, procurando suprir as lacunas deixadas pela Lei Pitombo-Godoy.

A Lei Bilac Pinto procurou sistematizar melhor a matéria e efetivamente interpretar os termos constitucionais. Conforme seu art. 1º²⁷ definiu-se o que deveria ser entendido por servidor público. No seu art. 2º foram enumerados os atos que constituíam enriquecimento

24 Conforme o art. 25 da Lei de Improbidade, houve expressa revogação da Lei Bilac Pinto e Pitombo-Godoy: “Art. 25. Ficam revogadas as Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992)

25 “Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. (...) § 2º - O processo será promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo” (BRASIL. Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957).

26 “Art. 3º É instituído o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não” (BRASIL. Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957).

27 “Art. 1º O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao sequestro e perda dos respectivos bens ou valores. § 1º A expressão "servidor público" compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. § 2º Equipara-se ao dirigente ou empregado de autarquia, para os fins da presente lei, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais” (BRASIL. Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958).

ilícito. É importante destacar que muitos desses conceitos foram posteriormente aproveitados na Lei de Improbidade de 1992. Veja:

Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei:

- a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos;
- b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito;
- c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;
- d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
- e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
- f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades (BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992).

O Ministério Público, no entanto, não foi incluído no rol de legitimados para propor a ação cabível. Os legitimados para pleitear o sequestro e a perda de bens, segundo o art. 5º da Lei Bilac Pinto, eram a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades que recebem e aplicam contribuições parafiscais, as empresas estatais, fundações e autarquias. A iniciativa da ação pelo *Parquet*, no entanto, estava assegurada pela Lei Pitombo-Godoy.

Embora tenha ocorrido um aperfeiçoamento da disciplina, a ineficácia da Lei persistiu. Emerson Garcia destaca três razões para tanto: (i) a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos previstos para a configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito; (ii) a não tipificação do enriquecimento ilícito consistente na aquisição de bens em montante superior à renda do agente; e (iii) o não estabelecimento de uma sanção direta e específica para o agente (com exceção da perda dos bens acrescidos ilicitamente), de modo que ele continuava a exercer as suas funções normalmente (GARCIA; ALVES, 2017, p. 278).

Como resultado, as leis foram aplicadas em pouquíssimas ocasiões, de modo que a disposição constitucional ficava sem efeitos práticos.

1.2.2.2 Atos institucionais e a ditadura militar

Com o advento da ditadura militar (1964-1985) e da Constituição de 1967, as leis Pitombo-Godoy Ilha e Bilac Pinto permaneceram em vigor. Porém, a sua aplicação já deficiente acabou sendo dificultada a partir do Ato Institucional (AI) nº 5 de 1968 (AI-5) que, dentre outras medidas antidemocráticas, conferia ao Presidente da República a competência de decretar o confisco de bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, conforme art. 8º²⁸.

De acordo com o art. 8º do AI-5, verifica-se que o confisco de bens passou a ser uma competência do Presidente da República, insuscetível de revisão judicial. Durante a ditadura militar, portanto excluiu-se da apreciação pelo Judiciário os atos de enriquecimento ilícito em detrimento do patrimônio público. O Poder Judiciário, desse modo, não interferia nestas questões, como evidencia a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na época da vigência do AI-5:

CONFISCO DE BENS POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. O ATO INSTITUCIONAL N. 5 DE 1968 ART. 8 E O ATO COMPLEMENTAR N. 42 DE 1969 AUTORIZARAM O PRESIDENTE DA REPUBLICA A DECRETAR O CONFISCO DOS BENS ADQUIRIDOS ILICITAMENTE EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO NACIONAL. OBEDECIDA A FORMA LEGAL E GARANTIDA A DEFESA O CONFISCO NÃO É SUSCETÍVEL DE REVISÃO JUDICIAL POR FORÇA DO ART. 181 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA REDAÇÃO DE 1969. STF, Mandado de Segurança nº 19.839/DF. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Data: 04/11/1970.

Nessa época, foi recriada²⁹, em setembro de 1968, por decreto presidencial, a Comissão Geral de Investigações – CGI, conforme Decreto nº 359/1968, órgão do Ministério da Justiça que passou a ser incumbido de promover as investigações para o confisco de bens por enriquecimento ilícito. Segundo Vladimir Passos de Freitas, referindo-se à CGI,

28 Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis (BRASIL, Ato Institucional nº 5 [1968]).

29 A Comissão Geral de Investigações foi criada em duas ocasiões. A primeira vez, em abril de 1964, pelo Decreto nº 53.897/1964, com a finalidade de regulamentar a investigação sumária prevista no art. 7º (suspensão por seis meses das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade) e no art. 10 (suspensão de direitos políticos e cassação de mandatos legislativos federais, estaduais e municipais) do Ato Institucional nº 1/1964. Foi extinta em outubro de 1964. A segunda vez, em setembro de 1968, pelo Decreto-Lei nº 359/1968, com a finalidade de promover investigações sumárias para confisco dos bens adquiridos de maneira ilícita no exercício de cargo ou função pública, regulamentando o art. 8º do Ato Institucional nº 5.

“promoveram-se milhares de investigações sumárias para confisco dos bens” (DE FREITAS, 2012, p. 9).

Foram então editados diversos atos complementares e decretos-lei como forma de regular a matéria, destacando-se o Ato Complementar nº 42, de janeiro de 1969, que dispunha sobre o confisco de bens, definia enriquecimento ilícito e dava outras providências, e o Decreto-Lei nº 502, de março de 1969, que estabelecia medidas acauteladoras para o confisco de bens.

Posteriormente, por meio do Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, o conceito do perdimento de bens foi alterado diretamente na Constituição, de maneira a ratificar a sua aplicação como forma de repressão política, o que a partir de 17 de outubro de 1969 passou a encontrar base também nos termos do art. 153, § 11, da Constituição outorgada de 1969³⁰.

Sendo o combate à corrupção um dos motes do governo militar, as leis Pitombo-Godoy e Bilac Pinto permaneceram em vigor durante a ditadura. A sua aplicação, porém, continuava rara, pois o combate à corrupção se dava – ou ao menos deveria se dar – no âmbito do Executivo, com base nos atos institucionais.

Entretanto, verifica-se que durante a ditadura militar o confisco de bens acabou por transformar-se (i) em um instrumento de perseguição dos opositores do sistema; e, simultaneamente, (ii) em um instrumento de proteção dos aliados da ditadura. A penalidade de confisco de bens, quando ocorria, era enviesada – combatia-se exclusivamente a corrupção daqueles que eram “subversivos”. Um estudo aprofundado do tema foi realizado pelo historiador Diego Knack, no qual foram analisados minuciosamente os arquivos da extinta CGI. O historiador destaca que a CGI era marcada tanto pela “mais variada gama de abusos e arbitrariedades, que eram garantidos pelo AI-5”, quanto pelo fato de que as investigações por ela promovidas “não atingiram militares, políticos ou empresários afinados com o comando da ditadura, não obstante as desconfianças existentes” (KNACK, 2019, pp. 265-266).

O perdimento de bens em razão de enriquecimento ilícito, da maneira como hoje está tipificado na Lei de Improbidade, é objeto de frequentes críticas na doutrina. Certamente parte das críticas provém da inequívoca associação do instituto à ditadura, de modo que a

30 “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprêgo na Administração Pública, direta ou indireta”. Ver: BRASIL. Constituição (1969).

resistência que o instituto enfrenta atualmente provém de sua utilização, no passado, como medida autoritária de repressão política. É certo, no entanto, que a aplicação do instituto atualmente tem outro viés – o da proteção da moralidade –, sujeito a apreciação no âmbito do Judiciário, com todas as garantias inerentes ao processo, como ampla defesa e contraditório.

1.2.2.3 A Lei da Ação Popular

Ressalta-se, ainda, que a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1985), editada durante a ditadura militar, mas ainda na vigência da Constituição de 1946, surge como outra forma de regulamentar o art. 141 de referido texto constitucional. Desde 1965, a lei constitui outro meio de controle da moralidade administrativa, permanecendo em vigor até hoje. Atualmente, porém, ela regulamenta o art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988.

Há que se ressaltar que, como as leis Pitombo-Godoy e Bilac Pinto, a Lei nº 4.717/1965 tampouco prevê uma sanção direta e específica aos atos lesivos ao patrimônio público (a não ser o ressarcimento dos danos). Apesar disso, era o meio pelo qual qualquer cidadão tinha legitimidade para perseguir tais atos judicialmente³¹.

A Lei da Ação Popular, portanto, dispõe sobre o perdimento de bens no caso de dano ao Erário desde 1965. Em síntese, ela prevê o ressarcimento de danos para atos lesivos ao patrimônio público – a responsabilidade, nesse aspecto, podia ser admitida por meio da ação popular, o caminho mais importante pelo qual se podia dar a proteção da moralidade (ainda que ela não estivesse prevista no texto constitucional de 1946 enquanto princípio).

1.3 A improbidade administrativa como sistema autônomo de responsabilização

A Constituição de 1988, marco emblemático do início do período democrático, inovou em relação às anteriores, consagrando a moralidade como princípio da Administração Pública e trazendo, pela primeira vez, os termos “improbidade administrativa” de forma expressa no texto constitucional. O art. 37, *caput*, e § 4º da Constituição Federal³² trouxeram a moralidade

31 Sobre o histórico da Ação Popular no contexto da democracia sugere-se a leitura do estudo realizado por Ana Clara Viana Soares Lima na dissertação de mestrado Ação Popular como instrumento da Cidadania. Ver: LIMA, Ana Clara Viana Soares. Ação Popular como instrumento da Cidadania. Dissertação de Mestrado. Direito Constitucional. PUC-SP: 2019. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia.

32 “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também aos seguinte: (...) § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (...)” (BRASIL,

para o patamar constitucional, protegendo-a como um bem jurídico. Assim lançaram as bases da responsabilização por ato de improbidade, apontando, em linhas gerais, as sanções às quais estão sujeitos aqueles que a cometem. Desse modo, a ofensa ao princípio da moralidade, expresso na Constituição Federal, passou a gerar o ilícito chamado ato de improbidade administrativa.

No plano infraconstitucional, a norma do art. 37, § 4º da Constituição Federal foi regulamentada pela Lei nº 8.429 de 02/06/1992, a Lei de Improbidade Administrativa. Atualmente, a lei dá mais consistência sistemática e maior completude orgânica à matéria, de modo a enumerar os atos de improbidade, discriminar as sanções e cuidar de alguns aspectos processuais da ação de improbidade (CALIXTO, 2010, p. 39).

Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o princípio da moralidade “impõe ao agente o dever de ser honesto, probo. Pune-se o agente que pratica atos contra a moralidade pública, cujas hipóteses podem ser extraídas da Lei nº 8.429, de 2.6.1992” (FERREIRA DA ROCHA; 2013, p. 76). Uma lesão ao princípio da moralidade é apontada, portanto, como ato de improbidade administrativa, visto que a probidade é pressuposto daqueles que exercem função pública.

Desrespeita-se o princípio da moralidade quando qualquer agente público viola o senso comum de honestidade que permeia o convívio social. Celso Antônio Bandeira de Mello entende o princípio como transgredido quando “houver violação de uma norma moral social que traga menosprezo a um bem juridicamente valorado” (MELLO, 2019, p. 124).

Verificado o ato de improbidade, será buscada a responsabilização do agente público por meio de ação civil pública de improbidade administrativa. Nela pretende-se o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação de sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa (CARVALHO FILHO; 2015, p. 1112).

A Lei de Improbidade dividiu os atos de improbidade administrativa em três categorias de ilícitos: (i) atos que importam enriquecimento ilícito, expostos no art. 9º da lei; (ii) atos que causam prejuízo ao Erário, expostos no art. 10 da lei; e (iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, expostos no art. 11 da lei. Além disso, em alteração promovida em 2016 por meio da Lei Complementar nº 157, foi incluída na Lei de

Improbidade um quarto tipo de ato de improbidade: (iv) ato que concede indevidamente benefício financeiro ou tributário, exposto no art. 10-A da lei.

No seu art. 12 a lei determina sanções políticas, civis e administrativas aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade. Dispõe a lei, ainda, sobre declaração de bens, prescrição e infração penal.

A Lei de Improbidade prevê as três³³ mencionadas categorias de ato de improbidade e traz, em seguida, um rol exemplificativo de condutas que se enquadram naquela definição. Ressalta-se que o rol de condutas trazido pela lei é meramente exemplificativo, não vinculando a aplicação da lei somente àqueles atos enumerados. Sobre o tema, destacou Mônica Garcia: “O rol de condutas é, portanto, meramente exemplificativo, sendo certo que o que importa é que a conduta do agente se enquadre naquela descrição genérica, feita no *caput* do artigo respectivo” (GARCIA, 2004, p. 258).

O ato de improbidade disposto no art. 9º é o mais grave dentre aqueles presentes na Lei de Improbidade. O *caput* do art. 9º indica o parâmetro essencial dos atos que importam enriquecimento ilícito. Ressalta-se que, para a configuração do tipo descrito no art. 9º, não é necessária a comprovação de dano ou prejuízo ao Erário, pois o bem jurídico protegido pela norma é a probidade da Administração e esse bem é agredido na ocasião de o Agente Público desviar-se dos fins legais aos quais está atrelado pela simples percepção de vantagem patrimonial (PRADO, 2001, p. 71).

O núcleo do artigo está na expressão “auferir vantagem patrimonial indevida”. Interpreta-se, portanto, que aquele que obtém vantagem ilícita em razão do cargo deve ser penalizado apenas pelo fato de tal vantagem haver, em primeiro lugar, ocorrido, sem a necessidade de que fique comprovado um efetivo prejuízo ao Erário.

Os doze incisos deste artigo indicam que a preocupação do legislador era com a vantagem patrimonial indevida auferida por agente público, e não com o efetivo prejuízo sofrido, ou não, pela entidade da Administração. Para fins de improbidade nos moldes do art.

33 O art. 10-A, incluído na lei em 2016, constitui uma quarta categoria de ato de improbidade. Não obstante a sua relevância no combate à imoralidade na Administração Pública, a aplicação deste artigo é restrita, ou seja, a caracterização deste ato de improbidade depende de circunstâncias específicas, sendo rara a sua aplicação em comparação aos outros três artigos. Veja o seu teor: “Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003” (BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992). Por fim, as sanções relativas a este ato estão previstas no art. 12, inciso IV, da Lei de improbidade, inserido também pela LC 157/2016, a saber: (i) perda da função pública; (ii) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; e (iii) multa civil de até três vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

9º, portanto, não é necessária a constatação do empobrecimento da Administração, mas apenas a constatação do aumento patrimonial incompatível.

A prática do ato constante no art. 9º, como mencionado, é grave, sendo que medidas severas são impostas àquele que comete o ato, como bem ressalta Marcelo Figueiredo (2009, p. 78):

[...] nessa modalidade deve-se requerer – e o juiz competente deve deferir – não só a indisponibilidade dos bens dos requeridos, suficientes ao ressarcimento integral do dano, como também, e principalmente, o rápido, eficaz, e abrangente bloqueio de bens (móveis imóveis, semoventes direitos etc.) encontráveis no território nacional e fora dele.

Segundo o art. 10 da Lei de Improbidade, constituem improbidade administrativa os atos que causam lesão ao Erário, sendo estes qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas.

Portanto, a conduta omissa, dolosa ou culposa, deve efetivamente acarretar um prejuízo mensurável ao Erário para que seja enquadrada na hipótese do art. 10, prejuízo esse que deverá ser ressarcido aos cofres públicos. Marcelo Figueiredo ressalta que: “se o agente público se enriquece ilicitamente à custa do patrimônio público (amplamente considerado), há, logicamente, uma perda, um prejuízo, uma parcela de lá retirada que deverá ser recomposta” (FIGUEIREDO, 2009, p. 95).

Diferentemente do art. 9º, há aqui uma tutela específica do patrimônio econômico-financeiro, sendo essencial a ocorrência de lesão ao Erário. Assim, para a tipificação do artigo 10 é necessário que a conduta do agente tenha causado um dano monetário ou economicamente apreciável.

Acrescenta-se, nesse sentido, que a conduta descrita no art. 9º normalmente vem acompanhada da conduta do art. 10, ou seja, o ato ímprobo que importa enriquecimento ilícito normalmente tem como consequência um prejuízo ao Erário. Por outro lado, é certo que a conduta do art. 10 pode ocorrer de maneira isolada da do art. 9º.

O art. 11 diz respeito às espécies de ato de improbidade que atentam contra princípios da Administração Pública, notadamente os atos que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Mônica Nicida Garcia ressalta que se trata de uma disposição de grande abrangência, que pode colher os mais diversos atos, como se depreende do rol exemplificativo que segue ao *caput* do art. 11 (GARCIA, 2004, p. 264). O art. 11 prevê a proteção a princípios – uma preocupação, na visão de Marcelo Figueiredo, válida, tendo em vista que princípios “são

dotados de maior proeminência porque condicionam toda a interpretação do Direito” (FIGUEIREDO, 2009, p. 95).

Tal abrangência, no entanto, deve ser interpretada com atenção ao princípio da proporcionalidade e da proibição dos excessos, tendo em vista as severas penalidades que a lei impõe aos atos do art. 11. Nesse sentido, ressalta Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 382):

Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma [do artigo 11], pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se configura como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições.

A LGIA dispõe em seu art. 12 as sanções para os atos previstos nos artigos 9º, 10, 10-A e 11. Como mencionado, a Lei de Improbidade diferencia-se de suas antecessoras, dentre outros fatores, por estabelecer sanções diretas e específicas para o agente ímprobo. Assim, tal fator contribuiu para a consolidação da improbidade como um sistema autônomo de responsabilização.

Na Lei estabeleceu-se um caráter misto de responsabilidade. Quem responde pelo ilícito é tanto a pessoa do ímprobo quanto o seu patrimônio, de modo que as sanções por improbidade assumem um caráter pessoal e patrimonial, conforme art. 12 da Lei de Improbidade. No referido artigo estão expostas as sanções passíveis de aplicação, que podem ser resumidas em seis espécies: (i) perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) pagamento de multa; e (vi) proibição de contratar com o poder público ou dele receber incentivos fiscais. Tais espécies de sanções variam apenas em relação à dosimetria, de acordo com a gravidade do ato ímprobo.

Destaca-se que, caso ato de improbidade seja enquadrável em mais de uma das três categorias (art. 9º, 10 e 11), será cabível a sanção para o ato mais grave. Ressalta-se, nesse sentido, que o magistrado pode aplicar todas as penalidades previstas para o ato, ou dosá-las de acordo com a gravidade da conduta, conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração”³⁴.

34 Entendimento retirado da publicação periódica Jurisprudência em Teses: tese nº 13 da edição nº 40, de 2 de setembro de 2015. Precedentes: AgRg no AREsp 538656/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 239300/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 01/07/2015; REsp 1091420/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe

Portanto, verifica-se que as previsões da Carta de 1988 foram verdadeiramente inovadoras e não encontram paralelo nas constituições anteriores, inaugurando um regime próprio, independente e autônomo de responsabilização, prevendo ilícitos e sanções específicas que se inserem no contexto de proteção da moralidade pública.

José Roberto Pimenta Oliveira, que em sua obra trata do sistema da improbidade administrativa como constitucionalmente autônomo³⁵, aduz que o regime de improbidade administrativa é uma resposta constitucional inspirada na necessidade vivenciada pela sociedade brasileira de reconstituir o significado da virtude cívica atrelada às atividades estatais (OLIVEIRA, 2009, p. 508)³⁶.

Verifica-se, assim, que a Lei nº 8.429/1992 é uma resposta direta ao comando do art. 37, § 4º da Constituição, sendo a via eleita para a responsabilização por atos de improbidade administrativa, de modo que as sanções previstas no seu art. 12 são independentes das sanções penais, civis e administrativas.

Monica Nicida Garcia (2004, p. 248) reforça a tese de que se trata de um sistema independente de responsabilização, tendo em vista que a responsabilidade decorrente da Lei de Improbidade não pode ser enquadrada como civil, penal ou administrativa³⁷. A autora justifica a afirmação indicando que (i) a própria Constituição diferenciou as sanções da Lei de Improbidade das sanções penais; (ii) na esfera de Responsabilidade Civil está contemplada somente a reparação do dano; e (iii) a sanção por improbidade preocupa-se com mais do que a “boa administração” tutelada no âmbito da responsabilidade administrativa, importando-se com valores atinentes à vida em sociedade. Conclui Monica Nicida Garcia, nesse sentido, que se trata de uma esfera autônoma e independente³⁸. Veja:

05/11/2014; REsp 1416406/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014; REsp 1324418/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 25/09/2014; REsp 1280973/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 07/05/2014; AgRg no REsp 1305243/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013; AgRg nos EDcl no AREsp 33898/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 560)

35 Ver: OLIVEIRA, 2009.

36 Referido autor coloca o sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa como autônomo ao lado (i) da responsabilidade por ilícito civil; (ii) da responsabilidade por ilícito penal comum; (iii) da responsabilidade por ilícito político eleitoral; (iv) da responsabilidade por irregularidade de contas; (v) da responsabilidade político constitucional; (vi) da responsabilidade político legislativa; e (vii) da responsabilidade administrativa. Na visão do autor há um conjunto individualizado de normas que regem a aplicação de sanções específicas em cada espécie de responsabilidade (OLIVEIRA, 2009, pp. 427-433).

37 Segundo José Roberto Pimenta Oliveira (2017, p. 24), haverá um sistema de responsabilização quando o ordenamento jurídico organizar e ordenar sistematicamente o exercício de competências punitivas a partir de quatro elementos essenciais: (i) bens jurídicos tutelados; (ii) ilícitos fixados; (iii) sanções oponíveis; e (iv) processo regular a ser observado.

38 Alguns autores, no entanto, entendem em sentido contrário, ou seja, que o sistema de responsabilidade por ato de improbidade não constitui uma esfera autônoma, localizando-se dentro do sistema do direito

a responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa não se inclui em qualquer das esferas de responsabilidade tradicionalmente apontadas [...], constituindo-se, antes, em uma **esfera autônoma e independente**, que com as demais se comunica, sem com elas, entretanto, se confundir (GARCIA, 2004, p. 250 – grifos nossos).

Desse modo, a Lei de Improbidade, em vigor desde 1992, vem sendo largamente aplicada, e o seu regime encontra-se em processo de aperfeiçoamento ao longo dos anos, constituindo um importante meio de consolidação da democracia e da cidadania. Na prática, diversas questões surgiram ao longo desses 28 anos de aplicação da lei, de forma que a doutrina e a jurisprudência auxiliam no entendimento da matéria³⁹.

1.4 A Lei nº 12.846/2013 – Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas (LIPJ)

A LIPJ, Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas, também referida como Lei Anticorrupção (LAC)⁴⁰ ou mesmo como Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas, entrou em vigor em 2013 como uma forma complementar de responsabilização por ato de corrupção, visando a atribuição de sanções, às pessoas jurídicas.

É possível destacar que a entrada em vigor da LIPJ se deu em razão de fatores nacionais e internacionais.

Internamente, a LIPJ veio como resposta às manifestações populares ocorridas em diversas cidades brasileiras em junho de 2013, uma das maiores desde a redemocratização do

administrativo sancionador. É o caso, por exemplo, de Raphael de Matos Cardoso: “a responsabilidade por improbidade administrativa não recebeu tratamento especial do constituinte, que não reservou a esse tipo de ilícito tratamento único capaz de criar um novo sistema” (CARDOSO, 2019, p. 312).

39 No plano legislativo, houve significativos avanços. A expansão normativa do sistema de improbidade administrativo foi progressiva. Ocorreu de vários modos: (i) seja através da sua expressa referência normativa para robustecer disciplinas legais relevantes – o que ocorreu no art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar (LC) nº 101/2000 e art. 29, § 2º do Estatuto das Empresas Estatais - Lei nº 13.303/2016; (ii) seja através da incorporação de novos tipos gerais de improbidade administrativa inseridas na própria Lei Geral de Improbidade Administrativa – art. 10-A instituído casuisticamente pela Lei Complementar n 157/2016; (iii) seja através do acréscimos de novos tipos específicos de improbidade administrativa na LGIA – incisos XIV e XV do art. 10 pela Lei de Consórcios Públicos – Lei nº 11.107/2005, incisos XVI ao XXI do art. 10, e inciso VIII do art. 11, pela Lei de Parcerias com Organizações da Sociedade Civil, Lei nº 13.019/2014 (com alterações da Lei nº 13.204/2015), inciso IX do artigo 11, pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015, e inciso X do art. 11, pela Lei nº 13.650/2018, relacionada com entidades beneficentes de assistência social, na área de saúde; (iv) seja pela positivação de tipos isolados de improbidade administrativa em leis específicas (art. 30, parágrafo único, da Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997; artigo 59, parágrafo único da Lei da ANTT/ANTAQ – Lei nº 10.233/2001); (v) seja pela criação de sistemas especiais de atos de improbidade administrativa em domínios relevantes da atuação estatal (art. 73, §7º da Lei das Eleições – Lei nº 9.504/1997, art. 52 do Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001, artigo 32 da Lei de Acesso à Informação Pública – Lei nº 12.527/2011, art. 12 da Lei de Conflitos de Interesses – Lei nº 12.813/2013; art. 20 do Estatuto da Metrópole – Lei nº 13.089/2015 (dispositivo subitamente revogado pela Lei nº 13.683/2018) (OLIVEIRA, 2019).

40 Segundo Maurício Zockun a denominação Lei Anticorrupção é equivocada, uma vez que “apequena seu real conteúdo, sentido e alcance” (ZOCKUN, 2017, p. 16).

Brasil. Inicialmente, protestava-se contra o aumento do preço no transporte público, porém, em menos de um mês, as manifestações tinham pautas pulverizadas, dentre as quais se destacava a demanda por medidas mais rigorosas no controle da corrupção (PIMENTA, 2020, p. 65).

Fora do contexto nacional, a LIPJ configura uma resposta do Brasil a compromissos internacionais de combate à corrupção, que em alguns de seus dispositivos dão a entender no sentido da possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção⁴¹.

Em especial, merece destaque a Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE), firmada pelo Brasil em 1997. A Convenção da OCDE, nesse sentido, destacou em seu Artigo 2 a responsabilidade das pessoas jurídicas: “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”. Ana Júlia Vaz de Lima, nesse sentido, entende que a convenção da OCDE teve influência direta na elaboração da Lei nº 12.846/2013 ao “estabelecer meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas corruptoras” (LIMA, 2018, p. 19).

No direito internacional discutia-se a necessidade de uma estratégia internacional eficaz na integração normativa das diferentes ordens jurídicas com vistas à repressão da corrupção. A Lei nº 12.846/2013 surge, fundamentalmente, desse movimento internacional de enfrentamento à corrupção (OLIVEIRA, 2017, p. 23).

É nesse sentido que a LIPJ tipifica, em seu art. 5º, uma série de atos danosos à Administração Pública passíveis de punição (ilícitos):

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

41 Ana Júlia Vaz de Lima, em sua obra *Programa de Integridade e a Lei 12.846/13*, faz um estudo aprofundado sobre as convenções internacionais e dispositivos estrangeiros que contribuíram para as disposições da LIPJ. A autora destaca (i) o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA); (ii) o United Kingdom Bribery Act; (iii) Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE), firmada em 1997; (iv) Convenção Interamericana Contra a Corrupção (OEA), firmada em 1997 e ratificada no Brasil em 2002; e (v) a Convenção das Nações Unidas Contra a corrupção (ONU), celebrada em 2003, ratificada no Brasil em 2005 e promulgada em 2006. Ver: LIMA, 2018.

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional (BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013).

A lei representou portanto uma resposta às demandas estrangeiras que clamavam por instrumentos legais integrados que fossem capazes de atender suficientemente a demanda anticorrupção internacional. A Lei nº 12.846/2013, assim, aplica-se (i) às pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras que eventualmente lesionem a Administração Pública nacional, no território nacional e no exterior; (ii) às pessoas jurídicas brasileiras que pratiquem condutas lesivas à Administração Pública estrangeira, no território nacional e no exterior; e (iii) às pessoas jurídicas estrangeiras que pratiquem condutas lesivas à Administração Pública estrangeira no território nacional.

Na tentativa de lidar com a corrupção no contexto de sua complexidade, a LIPJ ofereceu um sistema de responsabilização em duas esferas de caráter processual, no caso administrativa e judicial, composto de duas naturezas materiais: administrativa e civil. A responsabilização na esfera processual administrativa estabelece um processo administrativo para aplicação de uma sanção de natureza administrativa, consistente em multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo; e/ou a publicação extraordinária da decisão condenatória (artigos 6º e 7º da Lei nº 12.846/2013). Já na responsabilização processual judicial, foram determinadas sanções, que seriam de natureza material civil, a serem julgadas e aplicadas por meio do procedimento previsto para a Ação Civil Pública (art. 21 da Lei nº 12.846/2013), e que consistem em

perdimento de bens, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, e dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19 da Lei nº 12.846/2013) (AIRES; SATO, 2018, p. 41).

A maior inovação da LIPJ, porém, foi inaugurar a possibilidade de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pelos atos tipificados, de forma independente da responsabilização das pessoas físicas. A LIPJ, assim, previu expressamente a estrutura da *responsabilidade objetiva* (art. 2º) como regime de responsabilização, o que não foi introduzido sem a insurgência de grande parte da doutrina, gerando evidente controvérsia, que constitui parte do objeto do presente trabalho.

1.4.1 A LIPJ integrada ao sistema de responsabilização por improbidade

Antes da edição da LIPJ, no entanto, não havia um vazio normativo completo sobre formas de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção. Sustenta José Roberto Pimenta Oliveira (2017, p. 24) que os fatos tipificados na LIPJ já eram parcialmente acolhidos pelo ordenamento jurídico, de modo que “não faltam estruturas institucionais repressivas do grave atentado ao Estado Democrático de Direito verificado em práticas corruptivas” (OLIVEIRA, 2017, p. 25). De fato, já existiam outras formas de investigar e sancionar empresas (ainda que imperfeitas) como a Lei de Improbidade, a Lei Antitruste e a Lei de Licitações, por exemplo.

O principal sistema de responsabilização da pessoa jurídica anterior à LIPJ, sem dúvidas, era o da improbidade administrativa. Se admitida a corrente que aceitou a responsabilização das pessoas jurídicas nos termos da Lei nº 8.429/1992, é possível observar que as sanções nela previstas (aquelas que por sua natureza são aplicáveis às pessoas jurídicas) são muito similares às que posteriormente foram introduzidas pela Lei nº 12.846/2013, e podiam alcançar as pessoas jurídicas, como por exemplo a proibição de contratar com o poder público.

Nessa direção, é possível verificar que a LIPJ introduziu às pessoas jurídicas, além das previstas na Lei nº 8.429/1992, outras sanções, como por exemplo a publicação extraordinária da decisão condenatória e também a possibilidade de sua dissolução. Há, no entanto, diferença fundamental em relação à modalidade de responsabilização trazida pela LIPJ – a responsabilidade objetiva.

Assim, a LIPJ separou os pressupostos jurídicos para responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, sem que isso representasse a total separação de seus pressupostos fáticos.

Em outras palavras, a LIPJ entrou em vigor para que, pelos mesmos atos, pessoas físicas e jurídicas fossem responsabilizadas por diplomas diferentes (PIMENTA, 2020, pp. 78-79). É, desse modo, inevitável avaliá-las como integrantes de um mesmo domínio punitivo.

2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA EM OUTROS SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

“Responsabilidade” traduz, na lição de Rui Stoco, a noção de um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação da obrigação (STOCO, 2014, p. 183).

O termo “responsabilidade”, assim, designa as consequências do descumprimento de uma relação jurídica. Desse modo, toda vez que há um descumprimento de normas, há consequências jurídicas, sendo a responsabilidade a situação decorrente desse descumprimento. Como consequência, a responsabilidade pode ser tida como o “dever jurídico de responder” ensejado pelo descumprimento de uma relação jurídica.

Maurício Zockun (2017, p. 18) bem destacou que no conceito de infração, seja ela civil, administrativa, tributária, trabalhista etc., não há uma distinção morfológica. Segundo o autor, “a prática de uma conduta vedada pela ordem jurídica resulta, sempre, no cometimento de um ilícito e a imposição de uma sanção” (ZOCKUN, 2017, p. 18). Para o direito, portanto, a ilicitude representa uma só essência, que gera a responsabilidade, devendo o “ilícito”, em si, deve ser entendido de maneira una, como ofensa a um bem jurídico. Tal noção também é trazida por Silvio Luís Ferreira da Rocha em sua análise sobre o ilícito administrativo. Segundo o autor, o ilícito administrativo é muito próximo do ilícito civil ou penal porque revela ser, em última análise, um ato contrário ao previsto em norma integrante do ordenamento jurídico. Nesse sentido, o critério que diferencia o ilícito administrativo do ilícito civil ou penal é puramente formal, calcado na sanção atribuída. Em outras palavras, a natureza administrativa de uma infração é identificada pela natureza da sanção que lhe corresponde (FERREIRA DA ROCHA, 2013, p. 610).

O Direito, assim, para que a responsabilidade tenha lugar, organiza as consequências por meio de diversos sistemas, a exemplo do sistema penal, civil, ou da improbidade administrativa, entre versos outros, cada qual com particularidades específicas.

O presente capítulo trará exposição acerca da maneira como diferentes sistemas de responsabilização abordam a responsabilização subjetiva e objetiva. Serão tratadas as seguintes esferas de responsabilização: (i) Direito Civil; (ii) Direito Penal; e (iii) Direito Administrativo Sancionador, cuja compreensão é necessária para que o tema no âmbito da improbidade administrativa possa ser desenvolvido no capítulo seguinte.

2.1 Direito Civil

Uma conduta que viola um direito alheio ou contratual é passível, em princípio, de responsabilização. No direito civil, conforme será visto, convém, para fins de responsabilização, analisar a maneira como o agente deu causa ao dano. A partir dessa análise é possível aferir níveis diferentes de Responsabilidade Civil pelo ato praticado, o que faz a culpabilidade surgir como fator de extrema importância no estudo da dessa esfera de responsabilidade.

Desse modo, dado que a “responsabilidade” no direito civil está ligada à obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra, a “culpabilidade” pode ser entendida como a medida da atribuição de responsabilidade (dever jurídico de responder) a uma pessoa por um determinado fato. A culpabilidade abrange, pois, tanto os assuntos relativos ao dolo e à culpa quanto à gradação do dever de reparar.

Enfatiza-se, de início, que a Responsabilidade Civil é um instituto que passou e ainda passa por intensas transformações. Aqui, pretende-se dar foco às novas noções que permeiam o instituto, que enfrentam o tema da culpabilidade do ponto de vista da conduta passível de Responsabilidade Civil.

Na presente seção, com vistas a desenvolver posteriormente o tema central da presente dissertação, serão frisadas as noções de Responsabilidade Civil e da culpabilidade no direito civil imprescindíveis ao desenvolvimento a ser realizado no capítulo seguinte. Desse modo, esta seção traz as noções basilares do instituto, apresenta as classificações fundamentais da Responsabilidade Civil, desenvolve um quadro das diversas gradações da culpa (*lato sensu*), apresenta as características fundamentais que envolvem a culpabilidade no direito civil e oferece um fechamento a respeito do papel da culpabilidade na responsabilização civil. O estudo da responsabilidade no direito civil revela-se importante pois a prática de improbidade administrativa tem como uma de suas possíveis consequências o ressarcimento do dano causado ao Erário, aspecto este que indubitavelmente está ligado ao conceito de Responsabilidade Civil, conforme será visto a seguir.

2.1.1 Responsabilidade Civil

O sistema de Responsabilidade Civil é um entre outros sistemas independentes, que encontram fundamento no ordenamento pátrio. Como tal, ele é capaz de gerar obrigações e

consequências próprias no mundo jurídico, existindo paralelamente aos demais sistemas de responsabilização, como por exemplo o penal e o da improbidade administrativa, que serão propriamente abordados mais à frente. Ademais, destaca-se que a teoria da Responsabilidade Civil, tamanha a sua relevância, tem a sua aplicação estendida a diversas outras áreas do direito, como direito ambiental e direito do consumidor.

Responsabilidade Civil, em poucas palavras, é tradicionalmente conceituada como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. No direito brasileiro, ela é um instituto do direito das obrigações que procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida ela está obrigada a repará-lo. A doutrina costuma defini-la, entre outras variações, como a aplicação de medidas que obriguem determinada pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de um ato ou omissão. Fernando Noronha, por exemplo, caracteriza-a como “obrigação de reparar os danos causados a outrem, pela violação de direitos alheios” (NORONHA, 2010, p. 147). Sílvio Luís Ferreira da Rocha define-a como “o instrumento jurídico que cria para alguém, presentes determinados pressupostos, a obrigação de indenizar outro pelos danos pessoais e patrimoniais causados” (FERREIRA DA ROCHA, 2013, p. 736).

O conceito cível de responsabilidade, de reparar o dano injustamente causado, existe desde os primórdios da existência humana em sociedade. A forma de compensação, entretanto, transformou-se ao longo do tempo, passando por uma constante evolução. Nos últimos tempos, a tendência na sociedade é no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação. Isso é refletido diretamente no instituto da Responsabilidade Civil, uma vez que tem proporcionado um fenômeno de expansão dos eventos suscetíveis de indenização.

O fundamento principal da Responsabilidade Civil, tal como hoje existe, remonta aos tempos da Roma antiga. Nos tempos romanos, a premissa do *neminem laedere* expressava “não lesar a pessoa ou o patrimônio do outro”. Essa noção deu origem, no século III a.C., à *lex Aquila de damno*, donde vem a expressão ainda hoje utilizada “responsabilidade aquiliana”, que se refere ao conceito de uma responsabilidade calcada na ideia de culpa (*lato sensu*) por um ato ilícito. Tal conceito foi aproveitado, desenvolvido e transformado ao longo do tempo em todos os ordenamentos jurídicos que de alguma forma previram a reparação de danos, de modo que a Responsabilidade Civil atual tem como princípio o mesmo conceito⁴².

42 Segundo o jurista Paulo Lôbo: “O fundamento principal da responsabilidade civil, desde os romanos, reside no *neminem laedere*, a saber, em não lesar ou ofender a pessoa ou o patrimônio do outro. Esse fundamento, presente em todos os ordenamentos jurídicos, aponta para a necessidade de não se deixar qualquer ofensa ou dano sem ressarcimento, o que leva à crescente redução do papel da culpa”. (LÔBO, 2018, p. 329).

Na Constituição Federal de 1988, a Responsabilidade Civil foi disciplinada no art. 37, §6^o⁴³. Segundo a Constituição, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), a Responsabilidade Civil tem fundamento nos artigos 186 e 187. De acordo com o disposto no art. 186⁴⁴, quem que violar direito ou causar dano a outra pessoa, ainda que dano exclusivamente moral, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, comete ato ilícito. O art. 187⁴⁵ dispõe que também comete ato ilícito a pessoa que, ao exercer seus direitos, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes. Ressalta-se que o Código Civil, nestes artigos mencionados, não faz distinção entre pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Em complemento, o art. 927 do Código Civil⁴⁶ estabelece que a pessoa que incorrer nos atos previstos nos citados artigos 186 e 187 fica obrigada a reparar o dano causado. Destaca-se, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, que a obrigação de reparar será **independente de culpa** e ocorrerá também nos casos de a atividade desenvolvida colocar direitos alheios em risco.

Diante do teor do art. 927 evidenciou-se uma progressão no conceito de Responsabilidade Civil. Hoje, ela não coincide mais com a responsabilidade por atos ilícitos (aquiliana) apenas, o conceito ampliou-se, alcançando diversos casos em que uma pessoa tem de reparar danos causados a outrem mesmo sem ter culpa (*lato sensu*): são os casos de responsabilidade objetiva, ou pelo risco.

O Código Civil, portanto, reconheceu um parâmetro binário para o dever de indenizar. Ao mesmo tempo em que instruiu, em seus artigos 186 e 927, *caput*, a Responsabilidade Civil subjetiva, com base no ato ilícito, também admitiu em seu art. 927, parágrafo único, a adoção

43 “Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, Constituição [1988]).

44 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

45 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

46 “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. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

da teoria do risco, instituindo a Responsabilidade Civil objetiva, na qual a obrigação de reparar o dano é independente de culpa (*lato sensu*).

Enfatiza-se, desse modo, a existência de duas espécies de Responsabilidade Civil: a subjetiva e a objetiva. Confrontando as duas espécies, é possível afirmar que, ao ser verificado um fato danoso para uma pessoa ou para seu patrimônio, é preciso, no campo da responsabilidade subjetiva, verificar se o autor agiu com culpa *stricto sensu* ou dolo, pois somente nesses casos estará obrigado a reparar o dano. No campo da responsabilidade objetiva, prescinde-se de indagações sobre a culpabilidade (*lato sensu*) do agente, bastando muitas vezes o dano para que se dê lugar à reparação (NORONHA, 2010, p. 151). Tais espécies serão desenvolvidas com mais minúcia à frente.

Esse quadro abriu grandes possibilidades para a reconfiguração da culpabilidade. A atribuição de responsabilidade distanciou-se da *causa* do dano e aproximou-se dos *efeitos* do dano. Assim, a imputação por ato ilícito não está mais relacionada à capacidade do agente para praticar o ato, tendendo-se para a expansão da imputação de responsabilidade para além do fato gerador do dano (LÔBO, p. 337).

Tal desenvolvimento trouxe a necessidade de repensar muitas concepções. Em vista das mencionadas alterações na concepção de Responsabilidade Civil, a doutrina não é unânime ao estabelecer os seus pressupostos⁴⁷. Sustenta-se, com frequência, que a Responsabilidade Civil surgiria necessariamente de uma conduta (ou omissão), de um dano, de um nexo causal entre a conduta e o dano, e da possibilidade de atribuir a alguém a culpa pelo dano. Atualmente, porém, a evolução do instituto da Responsabilidade Civil na direção da proteção dos hipossuficientes trouxe novos conceitos e novas condutas passíveis de responsabilização civil, acarretando uma relativização de tais pressupostos. O jurista Paulo Lôbo assevera ter havido uma “verdadeira implosão” do que a doutrina tradicional construiu como pressupostos da Responsabilidade Civil, uma vez que tais pressupostos não mais dão conta, sozinhos, de incluir novos conceitos que alteraram a conformação da Responsabilidade Civil (LÔBO, 2018, p. 334).

De fato, contrariando a doutrina tradicional surgiram novas espécies de Responsabilidade Civil como a *responsabilidade sem culpa*, a *responsabilidade por causa*

47 Arnaldo Rizzardo, por exemplo, defende que a responsabilidade subjetiva tem como pressupostos (i) a conduta, (ii) a culpa, (iii) o nexo causal e (iv) o dano, enquanto na responsabilidade objetiva excetua-se a culpa do rol de pressupostos (RIZZARDO, 2019, p. 33-34). Paulo Lôbo, de outro giro, destaca serem os pressupostos gerais da Responsabilidade Civil por dano: (i) o dano; (ii) a contrariedade ao direito; (iii) a imputabilidade; e (iv) o nexo de causalidade (LÔBO, 2018, p. 332). Fernando Noronha coloca-os como sendo: (i) antijuridicidade; (ii) nexo de imputação; (iii) dano; (iv) nexo de causalidade; e (v) cabimento no âmbito de proteção da norma (NORONHA, 2010, p. 156-162).

lícita, a *responsabilidade preventiva*, e até mesmo a *responsabilidade sem dano*. Novos conceitos foram também difundidos para a consolidação destas espécies de Responsabilidade Civil, como *danos não patrimoniais*, *medidas preventivas*, *atividade de risco*, entre outros. Se a conduta, a culpa (*lato sensu*), o nexo de causalidade, o dano, e a contrariedade ao direito não constituem o pressuposto de **todas** as hipóteses de Responsabilidade Civil, não há mais como tratá-los como pressupostos gerais. A licitude ou ilicitude do fato, a existência ou não de dano real, a possibilidade ou não de reparação, não são mais determinantes na existência da Responsabilidade Civil, assim como não o são a equivalência da reparação em razão da extensão do dano, o nexo causal entre determinado fato e o dano, e a culpa do agente (LÔBO, 2018, p. 334).

Alguns autores, no entanto, recorrem modernamente ao estabelecimento de um novo pressuposto da Responsabilidade Civil chamado “cabimento no escopo” ou “cabimento no âmbito de proteção da norma”, que seria capaz de afastar os demais. Segundo este pressuposto, a norma violada deverá ser analisada para verificar o bem jurídico por ela protegido. Com isso será possível então identificar se a responsabilização deve ser objetiva (ampla e geral, descartando-se os demais pressupostos doutrinários) ou subjetiva (o que permitiria que os demais pressupostos fossem considerados). Trata-se, em verdade, de uma forma de adequar-se às novas realidades da Responsabilidade Civil.

De fato, percebe-se que a construção de uma teoria da imputação objetiva para a Responsabilidade Civil veio com força no direito brasileiro, o que trouxe uma verdadeira mudança paradigmática, consolidando a Responsabilidade Civil “na direção da primazia da vítima, de sua satisfação ou da reparação integral do dano e do dever de solidariedade social” (LÔBO, 2018, p. 334).

A Responsabilidade Civil deve portanto ser entendida atualmente como restituição, ressarcimento ou compensação de algo que foi, ou corre o risco de ser, retirado de alguém, admitindo-se a responsabilidade subjetiva e também a responsabilidade objetiva, que serão abordadas em específico mais à frente.

2.1.1.1 Responsabilidade Civil *stricto sensu* (extracontratual) e responsabilidade negocial (contratual)

Se a Responsabilidade Civil é a obrigação de reparar danos causados a outrem por violação do direito alheio, ela compreende tanto (i) as obrigações decorrentes de contratos

negociais quanto (ii) as obrigações decorrentes de direitos legalmente previstos. É nesse sentido que a doutrina faz a distinção entre Responsabilidade Civil *stricto sensu* (ou extracontratual) e negocial (ou contratual)⁴⁸, cabendo aqui abordar brevemente os seus aspectos.

A Responsabilidade Civil *stricto sensu* (extracontratual) designa as obrigações de reparação de danos que resultam violação de um direito alheio não previsto em contrato, sejam eles direitos absolutos (como os direitos da personalidade, os direitos reais e os direitos sobre bens imateriais), ou direitos simples como por exemplo os de crédito. Assim, refere-se à reparação de danos causados por pessoas que não estavam ligadas por negócio jurídico, mas a deveres gerais de respeito aos direitos alheios.

A responsabilidade negocial, por seu turno, é aquela que decorre da infração de um dever estabelecido previamente entre as partes em um contrato. Nesse caso, a reparação refere-se aos danos decorrentes da violação da cláusula contratual.

A “Responsabilidade Civil *stricto sensu*” e a “responsabilidade negocial” são tradicionalmente referidas na doutrina como “Responsabilidade Civil extracontratual” e “Responsabilidade Civil contratual” respectivamente.

No presente trabalho será dada ênfase à Responsabilidade Civil *stricto sensu*, (ou extracontratual) doravante nomeada apenas como Responsabilidade Civil. Ressalta-se, no entanto, que esta classificação é independente da classificação em Responsabilidade Civil subjetiva e objetiva, que será destacada nas subseções seguintes.

2.1.1.2 A Responsabilidade Civil subjetiva

O Direito Civil brasileiro prestigia como regra a teoria subjetiva, conforme o art. 186 do Código Civil de 2002⁴⁹. A Responsabilidade Civil subjetiva (também chamada de

48 Na lição de Fernando Noronha, trata-se de expressões equivocadas, pois ignoram a existência de negócios jurídicos unilaterais. Assim, a expressão “contratual” (que significa que a obrigação de reparar deriva de contrato) e “extracontratual” (que significa que a obrigação de reparar não deriva de contrato) poderiam sugerir erroneamente que haveria princípios jurídicos diversos aplicáveis aos negócios jurídicos unilaterais e bilaterais. Na verdade, tanto os negócios jurídicos unilaterais quanto os bilaterais estão sujeitos a regime jurídico idêntico (negocial), que é diverso daquele da Responsabilidade Civil *stricto sensu* (NORONHA, 2010, p. 148-149).

49 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Responsabilidade Civil por ato ilícito ou aquiliana) é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais, negligentes ou imprudentes⁵⁰.

A Responsabilidade Civil subjetiva consiste na obrigação de reparar os danos resultantes da violação intencional ou meramente culposa (*stricto sensu*) de deveres gerais de *neminem laedere*⁵¹, por meio dos quais se tutelam os direitos alheios no geral. A ideia de responsabilidade subjetiva é baseada portanto na culpa (*lato sensu*) do agente e consiste, em síntese, na obrigação de indenizar em razão do cometimento de ato ilícito, culposo (*stricto sensu*) ou doloso, comissivo ou omissivo, que gere danos à esfera jurídica de terceiro.

A culpa (*lato sensu*) pode se dar portanto na forma de dolo ou de culpa (*stricto sensu*). A violação intencional dos direitos alheios caracteriza o dolo. Quando o agente não previu o acontecido, mas poderia tê-lo previsto e evitado se houvesse procedido com a diligência, prudência e perícia exigíveis, ocorre a culpa (*stricto sensu*). Esta culpa consiste sempre no desrespeito a normas que tem por escopo prevenir a ocorrência de determinados danos.

Pode-se colocar, portanto, como pressupostos da Responsabilidade Civil subjetiva:

(i) A conduta (ação ou omissão), um pressuposto consagrado no próprio Código Civil, conforme o já mencionado art. 186: “aquele que por ação ou omissão”. Ressalta-se, desse modo, que a responsabilidade pode derivar de um ato próprio do agente, de um ato de terceiro que esteja sob a guarda do responsável; ou de um dano decorrente de coisas ou animais que pertençam ao agente;

(ii) A culpa (*lato sensu*) nas formas dolo ou culpa (*stricto sensu*), também conforme a regra geral do Código Civil contida no art. 186, que estabelece que o ilícito somente se materializará se o comportamento for culposo (*lato sensu*). Dolo, como já afirmado, é a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico ou assume o risco de produzi-lo. Já na culpa *stricto sensu*, não existe a intenção de lesar, ou seja, embora a conduta seja voluntária, o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia;

50 A imperícia, como uma das modalidades de culpa (*stricto sensu*) está prevista como hipótese ensejadora de Responsabilidade Civil apenas no caso de exercício de atividade profissional médica, conforme art. 951 do Código Civil: “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

51 Expressa a premissa de não lesar a pessoa ou o patrimônio do outro.

(iii) O nexo causal, que é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano verificado. Vale dizer: o dano deve estar relacionado com a conduta do agente. Sem o nexo causal inexistente o dever de indenizar; e

(iv) O dano, que é a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou extrapatrimonial que foi gerado pela ação ou omissão de um indivíduo infrator. Todo dano deve ser reparado, mesmo que não se possa voltar ao estado em que as coisas estavam (*status quo ante*). Sempre será possível fixar uma quantia pecuniária a título de compensação. Para que um dano seja indenizável, é preciso que haja violação de um interesse jurídico material ou moral, com certeza de dano. Até mesmo dano moral tem que ser certo e deve haver a subsistência do dano.

No que tange ao pressuposto da culpa (*lato sensu*), como dito, é possível tratar do dolo ou da culpa *stricto sensu* em qualquer uma das espécies que estes possam se apresentar. A base para o estudo destas espécies advém da doutrina penal, que será abordada de maneira específica mais adiante. No caso do dolo, a doutrina penal fala em dolo (i) direto e indireto, (ii) genérico e específico, e (iii) geral. Na culpa *stricto sensu*, fala-se em culpa (i) consciente e inconsciente, e (ii) própria e imprópria. No entanto, embora tais categorias de dolo ou culpa possam também ser atribuídas a ilícitos civis, o elemento subjetivo da conduta, no âmbito do direito civil, deve ser abordado de maneira diferente.

Isso pois, no direito civil, o dolo e a culpa não estão normativamente valorados em relação aos ilícitos como o estão no Código Penal, que tem o dolo como regra e expressamente indica quando uma conduta admite a modalidade culposa. Isso ocorre uma vez que no direito civil o cerne não é a punição do agente, mas a compensação do dano. Em outras palavras, o direito civil tem caráter reparatório, não punitivo. É nesse sentido que o Código Civil estabelece a ponderação do grau da culpa (*lato sensu*) no caso concreto, conforme o seu art. 944⁵².

A lei estabelece que deve haver uma proporção, mas está longe de oferecer que proporção é essa, cabendo à doutrina desenvolver tais conceitos. Fala-se, portanto, em graus da culpa, sendo eles: (i) a culpa grave, quando o agente procede com extrema desconsideração; (ii) a culpa leve, quando o agente não observa o dever de cuidado do homem comum; e (iii) a culpa levíssima, quando o agente não procede com padrões excepcionais de diligência, superiores aos exigíveis do homem comum.

52 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Assim, como bem destaca a lição de Rui Stoco, o direito civil brasileiro “não se mostrou alheio ou insensível à indagação do elemento subjetivo” (STOCO, 2014, p. 222), de modo que a intensidade do dolo ou da culpa devem interferir quantitativamente no dever de indenizar.

À culpa grave, é dado repetidamente na doutrina um tratamento diferenciado. Costuma-se equipará-la ao dolo, o que se justifica pelo fato de que, para efeitos de reparação do dano causado, todas as pessoas devem proceder com padrões comuns de atenção e cuidado. Assim, segundo Fernando Noronha, “existe um mínimo de atenção e cuidado que é preciso ter, para salvaguarda da pessoa e dos bens alheios” (NORONHA, 2010, p. 164).

Quem age com culpa leve geralmente é obrigado a indenizar na medida do dano, porém, em algumas dessas situações pode haver uma redução do valor da indenização, o que se justifica por alguma circunstância especial do caso concreto que indique que na ocasião não era necessário observar os padrões normais de diligência.

A culpa levíssima, no entanto, comumente é afastada do âmbito de Responsabilidade Civil, excluindo-se o dever de indenizar. O agente que procede com diligência em nível normal não deve ser responsabilizado pelos danos causados a outra pessoa (salvo nos casos de responsabilidade objetiva, tratados na seção seguinte). Ninguém é obrigado a pautar-se por padrões excepcionais de cuidado, a não ser que o agente, por uma condição especial, encontre-se em uma situação excepcional. Certas circunstâncias pessoais podem, desse modo, agravar a responsabilidade do agente por conta de um dever específico que este tinha. Como bem lembra Arnaldo Rizzardo, o direito civil, em certos casos, prevê “uma diligência maior no cuidado de uma coisa, com o fim de evitar-lhe um dano” (RIZZARDO, 2019, p. 10). É o caso, por exemplo, do comodatário, que conforme o art. 582 do Código Civil é obrigado a conservar a coisa emprestada como se sua própria fosse. É também o do depositário, que conforme o art. 629 do Código Civil empregará na guarda da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence.

Merece destaque, ainda, o pensamento de Fernando Noronha, que entende ser possível a gradação de culpa também na responsabilidade contratual (na qual o dever de indenizar decorre de uma obrigação estabelecida entre as partes). Nesse caso, entende-se que a obrigação do devedor de indenizar se dará também em casos de culpa leve, culpa grave ou dolo (NORONHA, 2010, p. 194-195).

Na responsabilidade subjetiva, para todos os efeitos, vale ressaltar que o dever de indenizar será proporcional à gradação de culpa do agente, de modo a reparar o dano causado

sem exceder a medida que concorreu para a ocorrência deste. A responsabilidade, portanto, dependerá do grau de culpa do agente, levando-se em conta o caso concreto, tendo em vista que não há normatização civil específica sobre a proporção da culpa no caso concreto.

2.1.1.3 A Responsabilidade Civil objetiva

Conforme mencionado, o instituto da Responsabilidade Civil passou por uma intensa evolução, distanciando-se em alguns casos da ideia de culpa (*lato sensu*). Surgiu, em decorrência, a noção de responsabilidade objetiva, que no Código Civil de 2002 encontra fundamento no parágrafo único do art. 927⁵³.

A Responsabilidade Civil objetiva, ou pelo risco, surge então como a obrigação de reparar danos que, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa (*stricto sensu*), sejam resultantes de ações ou omissões de alguém ou estejam simplesmente conexas com a sua atividade. Embora a responsabilidade subjetiva seja a regra, há casos em que a responsabilidade objetiva é admitida, como as situações previstas nos artigos 936 e 937 do Código Civil de 2002⁵⁴.

A Responsabilidade Civil objetiva é portanto a obrigação de reparar determinados danos, acontecidos durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle de alguém, que por isso será responsável independentemente de ter agido ou não com culpa (*lato sensu*). Nesta espécie fica, a princípio, afastada a noção de culpabilidade. A imputação do ato ou fato lesivo ao responsável não toma por base o elemento subjetivo, mas o risco criado pelo agente na sua esfera de atuação. A responsabilidade objetiva visa sobretudo a reparação de danos resultantes da atuação de terceiros e do exercício de atividades perigosas.

A base desta espécie de responsabilização é a teoria do risco, que rompe com os pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil, restringindo-se à verificação de ocorrência do evento e se dele emanou prejuízo. A teoria do risco pode ser sintetizada, segundo Sergio Cavalieri, na seguinte fórmula: “Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor

53 “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. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

54 “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).
“Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 137).

Pautando-se por essa teoria, não há necessidade de definir o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao responsável, sendo necessária apenas a pesquisa da relação de causalidade entre o dano e o fato para se configurar o dever de indenizar.

A teoria do risco se dividiu em diversas outras modalidades, como a do risco integral, do risco proveito⁵⁵, do risco profissional⁵⁶ e do risco criado⁵⁷. A teoria do risco integral, a mais rígida, é bastante discutida no campo do direito público e da Responsabilidade Civil do Estado. Segundo ela, qualquer fato, culposo (*lato sensu*) ou não, deve impor ao agente uma reparação se causar algum dano, não importando como ou por que ocorreu o prejuízo, bastando apurar sua ocorrência efetiva e sua vinculação com um fato qualquer para gerar à vítima o direito de indenização. Assim, a teoria do risco integral não se atenta a elementos subjetivos, sequer de nexos causal, ainda que os atos praticados sejam regulares. Aqui a responsabilidade é aplicada mesmo sendo exclusivamente a vítima quem deu causa à situação.

Segundo Rui Stoco (2014, p. 237), nesse sentido, desconsiderou-se a culpa “como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável”.

É possível na responsabilidade objetiva, portanto, que o mero risco inerente ao exercício da atividade seja suficiente para caracterizar o dever de compensar o dano. É o caso, por exemplo, da Responsabilidade Civil por danos causados por dejetos radioativos, absolutamente independente de culpa (*stricto sensu*) ou dolo. Muito se fala em responsabilidade objetiva também no âmbito do direito do consumidor, no qual a regra é a responsabilidade sem culpa (*lato sensu*), como por exemplo na responsabilidade do fornecedor por danos decorrentes de defeitos do produto.

Rafael Quaresma Viva, em seu trabalho acerca da responsabilidade objetiva, destaca que a obrigação de indenizar sem culpa (*lato sensu*) surgiu por duas razões: (i) pois certas atividades humanas criam um risco especial para outros homens; e (ii) pois o exercício de certos direitos deve necessariamente implicar ressarcimento dos danos causados (VIVA, 2013, pp. 52-53).

55 A teoria do risco proveito é aplicada nas situações em que aquele que obtém proveito ou vantagem da conduta que gerou o dano, ainda que indiretamente, tem o dever de compensá-lo. O direito consumerista está lastreado em grande parte na aplicação desta teoria.

56 A teoria do risco profissional sustenta que os empregadores possuem responsabilidade objetiva direta pelos danos causados por seus empregados.

57 A teoria do risco criado sustenta que aqueles que exerçam qualquer atividade, econômica ou não, que gere risco por sua própria natureza, devem ser obrigados a indenizar pela mera exposição ao dano.

A Responsabilidade Civil objetiva passou a ser adotada, portanto, pois a sociedade carece de mecanismos capazes de assegurar o ressarcimento dos danos causados a partes hipossuficientes numa relação jurídica, ainda que para isso seja necessário sacrificar o pressuposto da culpa (*lato sensu*).

2.1.2 Responsabilidade Civil por danos a interesses difusos e coletivos

Além da tutela individual dos danos sofridos pelo particular, o ordenamento jurídico prevê também a reparação de danos ocorridos na esfera coletiva, o que no caso concreto dependerá do alcance do dano. Assim, admite-se a responsabilização civil por danos a direitos ou interesses difusos e coletivos, hipótese em que ocorrerá o chamado dano moral coletivo, conforme será visto a seguir.

O instituto do dano moral ganhou status de direito fundamental ao ser consagrado pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, incisos V e X, sendo que, no âmbito infraconstitucional, encontra-se expressamente previsto no art. 186 do Código Civil de 2002. Nessa esteira, a evolução da Responsabilidade Civil, culminou na substituição da concepção subjetiva do dano moral (traduzida pela consideração dos sentimentos de dor, angústia e sofrimento) para a sua caracterização pela concepção objetiva, que concebe o dano moral como sendo a lesão aos direitos da personalidade e aos sentimentos acima mencionados como mera repercussão do dano experimentado pela vítima (DELLA ROCCA, 2017, p. 6).

É nesse contexto que surge a figura do dano moral coletivo, referido por muitos autores como “dano extrapatrimonial”. Segundo Xisto Tiago de Medeiros Neto (DE MEDEIROS NETO, 2012, p. 170):

Corresponde à lesão **injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade**, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico. [grifos nossos].

O conceito de dano moral coletivo é apresentado também por Marcelo Freira Sampaio Costa (COSTA, 2009, p. 71):

como a violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em interesses/direitos extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido lato), sendo tal violação usualmente causadora de sentimentos coletivos de repulsa, indignação e desapeço pela ordem jurídica

Recentemente o Judiciário tem se deparado com diversos pleitos de indenização por danos morais coletivos por atos de improbidade administrativa, trazendo à tona o

questionamento: os atos de improbidade são capazes de ensejar a indenização não apenas pelo prejuízo material decorrente da conduta do agente, como também pelo dano moral à legitimidade da Administração Pública em razão da ofensa de seus princípios norteadores, constitucionalmente assegurados?

É necessário destacar, nesse sentido, que a Constituição Federal prevê uma ampla gama de direitos fundamentais que são titularizados pela sociedade como um todo (direito à saúde, meio ambiente, educação etc.), de modo que uma lesão a tais direitos se mostra autônoma em relação aos direitos individuais.

Com efeito, é possível entender que uma vez configurada a conduta ímproba, surge o direito da sociedade de ser reparada **integralmente** pelos danos sofridos, seja em relação ao ressarcimento material do Erário quando houver prejuízo, seja no tocante à indenização por dano moral coletivo quando ocorrer.

Assim, há casos em que o ato ímprobo praticado gera um grave abalo a ser suportado pela sociedade, vez que provoca descrédito das instituições públicas e do Estado Democrático de Direito, ocasião em que se mostra plausível a responsabilização do agente em danos morais coletivos. Desse modo, considera-se acertado o posicionamento jurisprudencial que acolhe o entendimento de que o dano moral coletivo está ligado à personalidade da coletividade, sendo, portanto, consequência da conduta ilegal do agente causador do dano.

Por estas razões, a reparação do dano moral, no momento em que a coletividade ganha status de sujeito dotado de direitos, exerce importantíssimo papel na reparação dos danos decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa. O ordenamento jurídico contempla instrumentos para proteger o patrimônio público e o meio social, bem como para não permitir que os agentes públicos progridam em condutas corruptas. O dano moral coletivo, nesse sentido, visa reaver a moralidade na Administração Pública, bem como mostrar à sociedade que existem medidas eficazes de combate à corrupção administrativa, não permitindo que haja descrença do indivíduo e da coletividade nos fundamentos do Estado Democrático de Direito (REMEDIO; MARTINS, 2018, p. 274).

Com efeito, para a responsabilização por danos morais coletivos há que se considerar a gravidade e extensão do dano. A sua caracterização deve ser reservada aos casos em que o ato de improbidade cause **evidente** e **significativa** repercussão social, impondo-se a integral reparação, não apenas dos danos materiais causados ao Erário, mas também dos prejuízos extrapatrimoniais decorrentes da conduta ímproba, categoria na qual se incluem os danos morais coletivos.

Assim, a maior ou menor repercussão do ato de improbidade no meio social é elemento que deve ser sopesado tanto para a caracterização do dano, quanto para a gradação da reparação imposta ao causador. Isso porque, tratando-se de ato de improbidade e com vistas a evitar a banalização do instituto, o dano moral coletivo depende da análise do caso concreto a fim de se verificar se a extensão do dano efetivamente foi coletiva, ultrapassando a mera insatisfação com a atividade administrativa (DELLA ROCCA, 2017, p. 13).

2.1.3 Imputabilidade no direito civil

Responsabilidade subjetiva envolve no direito civil, portanto, um juízo de valor sobre a conduta do agente, acerca da forma como ele agiu. Assim, remete-se a uma valoração pessoal da índole do agente, sendo imperioso falar, também, sobre a imputabilidade.

A imputabilidade é um conceito originário do direito penal. No âmbito civil, imputabilidade equivale à aptidão que o agente tem para reparar o dano. Destaca-se, nesse sentido, que o agente causador nem sempre é quem está na posição de reparar (como no caso do pai responsável pelo dano cometido pelo filho menor). Segundo a lição irretocável de Rui Stoco, a imputabilidade é a “condição pessoal de maturidade e de sanidade, que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento, tal como ocorre na doutrina penal” (STOCO, 2014, p. 180). O autor coloca, ainda, a imputabilidade como um pressuposto da responsabilização, ressaltando que não se trata de um pressuposto da responsabilidade ou da culpabilidade:

a imputabilidade é pressuposto da responsabilidade, ou melhor, da responsabilização. Não seria adequado falar que é pressuposto da culpabilidade, como no âmbito penal, porque no plano civil é possível a responsabilidade objetiva ou sem culpa (STOCO, 2014, p. 180).

Para que possa ser avaliada a imputabilidade, exigem-se dois elementos: (i) a maturidade (desenvolvimento mental completo) e a sanidade mental (capacidade de entender o caráter ilícito do seu comportamento e de determinar-se de acordo com este comportamento); e (ii) a exigência de um juízo de reprovação, fundado na culpabilidade, que tem como elementos o dolo, enquanto vontade dirigida a um fim, e a culpa (*stricto sensu*), nas vertentes da imprudência, negligência e imperícia (STOCO, 2014, p. 181).

2.1.4 Responsabilização das pessoas jurídicas no direito civil

Pessoas jurídicas também estão sujeitas à Responsabilidade Civil, ou seja, assim como as pessoas físicas, as pessoas jurídicas devem reparar os danos causados a outrem no exercício de suas atividades. A pessoa jurídica, como entidade imaterial, obviamente não pratica atos por si própria, mas mediante a atuação humana de seus representantes e funcionários. Assim, serão os danos causados por atos de tais pessoas físicas aqueles que devem ser compensados pelas pessoas jurídicas. Igualmente, a pessoa jurídica também é titular do direito de reparação quando sofre um determinado evento danoso, devendo ser compensada na exata medida em que foi prejudicada.

Admite-se a Responsabilidade Civil tanto das pessoas jurídicas de direito privado quanto das de direito público, respondendo ambas com seus bens pelos danos que causarem. Devem elas, portanto, cumprir o disposto em contrato ou na lei, sendo civilmente responsáveis pelo inadimplemento.

Com efeito, entende-se atualmente que é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado a responsabilidade pelos danos causados pelos seus empregados ou prepostos, conforme art. 932, inciso III do Código Civil⁵⁸. Em outras palavras, a pessoa jurídica de direito privado responderá em juízo com os seus bens pelos danos causados por seus funcionários e representantes. Como consequência, a vítima do evento danoso poderá demandar o ressarcimento tanto do empregado ou preposto, quanto da própria pessoa jurídica empregadora.

Além disso, a evolução da Responsabilidade Civil na direção da proteção dos hipossuficientes trouxe também a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica de direito privado pelos danos causados por produtos que ela coloca em circulação no mercado. Atualmente, tal hipótese pode ser verificada nas disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Com relação à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, destaca-se que a doutrina vem consolidando-se há tempos no sentido da responsabilidade objetiva, de modo a mitigar o papel da culpa (*lato sensu*) na sua responsabilização. Maria Helena Diniz afirma nesse sentido que a Lei nº 8.078/1990 impõe a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas independente da existência de sua culpabilidade, estando estas incumbidas de reparar os danos físicos ou psíquicos causados aos consumidores (DINIZ, 2012, p. 314).

58 “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

A evolução das relações civis trouxe de fato uma relativização da culpabilidade das pessoas jurídicas estabelecendo a responsabilidade objetiva como regra. Vale dizer, portanto, que a pessoa jurídica de direito privado geralmente responde pelo dano de maneira objetiva, de acordo com a teoria do risco, sem a consideração das noções de dolo ou culpa.

Ademais, afastando-se da noção de irresponsabilidade do Estado que se tinha na antiguidade, atualmente é assente que também as pessoas jurídicas de direito público devem reparar o dano causado por seus representantes.

No âmbito do direito público, as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas pelos atos dos seus órgãos, servidores, membros e agentes, introduzindo-se o conceito de Responsabilidade Civil do Estado, profundamente debatido na doutrina.

O sistema jurídico brasileiro em relação às pessoas jurídicas do direito público, admitiu a responsabilidade objetiva. É nesse sentido que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal⁵⁹ estabelece que as pessoas jurídicas de direito público (e também as de direito privado prestadoras de serviços públicos) responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Do mesmo modo, o art. 43 do Código Civil⁶⁰ também traz de maneira explícita a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público pelos danos causados por seus agentes.

Nesse contexto, considera-se consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva do Estado, de modo que é suficiente a comprovação do nexo causal entre o comportamento e o dano para o surgimento do direito do particular de ser ressarcido.

Destaca-se que, para a efetivação da responsabilidade objetiva do Estado, duas teorias têm relevância: (i) a *teoria do risco administrativo*, na qual a obrigação de indenizar surge com a ocorrência do ato danoso ocasionado por ação ou omissão do Poder Público, sem mencionar a culpa (*lato sensu*) do agente público ou a falta do serviço; e (ii) a *teoria do risco integral*, segundo a qual há o dever de indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultante de culpa ou dolo exclusivo da vítima.

Entende-se atualmente que a teoria do risco integral se aplica em casos pontuais e expressos, como por exemplo nos casos de danos nucleares (art. 21, XXIII, alínea “d”, da Constituição), ou danos decorrentes de atos terroristas (Lei nº 10.309/2001). No mais, pode-se

59 “Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL. Constituição [1988]).

60 “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

afirmar que o texto constitucional e do Código Civil adotam a responsabilidade objetiva sob a modalidade da teoria do risco administrativo.

Ainda assim, para que seja possível abordar o papel da culpabilidade na determinação de responsabilidade do Estado, há que se considerar 2 (dois) tipos de comportamento: os comissivos e os omissivos.

Nos comportamentos omissivos há um descumprimento de um dever jurídico, caracterizado pela inércia estatal, que gera a sua responsabilização. Não interessa, nesse aspecto, se a culpa (*lato sensu*) pelo evento pode ser individualizada ou não na figura de um agente, de modo que ela será atribuível a todo o aparato administrativo, que foi inerte. É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano e, se não foi o autor do dano, só caberia responsabilizá-lo caso tenha descumprido um dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo (DE MELLO, 2019).

Nos comportamentos comissivos, por seu turno, a culpa (*lato sensu*) tem um papel diferente. Isso pois quando o ato lesivo é ilícito a culpa dá ao Estado o direito de regresso contra o agente público. Assim, mesmo a responsabilidade do Estado sendo objetiva, o exame da culpa se torna relevante.

Observa-se, portanto, que a Responsabilidade Civil das pessoas jurídicas caminhou no sentido da admissão da responsabilização objetiva. Não se discute que, na atualidade, a responsabilidade objetiva é a regra para as pessoas jurídicas.

2.1.5 Responsabilidade subjetiva e objetiva no direito civil

Como se vê, a Responsabilidade Civil tem um caráter reparatório, e não punitivo. Falar em culpa no direito civil vem, portanto, da necessidade de excluir do âmbito de responsabilidade do agente aqueles resultados que não devem ser por ele reparados e, igualmente, da necessidade de determinar a medida daqueles que devem.

O instituto da Responsabilidade Civil passou e ainda passa por intensas transformações. As novas teorias, que dão primazia à reparação dos danos sofridos pelos hipossuficientes, chegam ao ponto de, em algumas situações, dispensar a noção de elemento subjetivo para a responsabilização do agente, como visto no caso da responsabilização objetiva. Assim, este quadro abriu vastas possibilidades para a reconfiguração da culpabilidade.

Nos casos em que a culpabilidade é levada em conta (de responsabilidade subjetiva), diversas questões surgem a respeito da medida em que ela influencia ou deve influenciar na obrigação de ressarcir. Uma leitura do art. 186 do Código Civil⁶¹ pode, em um primeiro momento, dar a entender que não existiria diferença entre a conduta voluntária, negligente ou imprudente, de modo que o dever de indenizar surgiria na mesma proporção em qualquer uma destas situações.

Enfatiza-se, nesse sentido, que, embora possa parecer que o ordenamento jurídico tenha desprezado a proporção da culpa (*lato sensu*), o teor do art. 944 do Código Civil⁶² impõe que deve existir uma escala gradativa na atribuição de Responsabilidade Civil, que vai desde condutas estritamente dolosas ou gravemente culposas até aquelas em que há obrigação de indenizar independente de ilicitude ou de nexo de causalidade⁶³.

A obrigação de indenizar, portanto, deve ser ponderada no caso em concreto, de modo que a noção de gradação da culpabilidade não foi abandonada pelo legislador. Não há, portanto, um critério fixo que determine quais condutas culposas (*lato sensu*) devem ser proporcionais a um determinado nível de indenização, cabendo portanto ao Juiz, de acordo com as provas produzidas nos autos, fixar a proporção do dever de compensar. Deve-se ressaltar, desse modo, que, por vezes, bastará a culpa (*stricto sensu*) nas suas modalidades de negligência ou imprudência para o dever de indenizar, enquanto em outras ocasiões será necessária atuação mediante dolo, intencionalmente provocando o dano.

É nesse sentido que, como visto, fala-se em graus de culpa no âmbito da responsabilidade subjetiva, que são: (i) a culpa grave, quando o agente procede com extrema desconsideração; (ii) a culpa leve, quando o agente não observa o dever de cuidado do homem comum; e (iii) a culpa levíssima, quando o agente não procede com padrões excepcionais de diligência, superiores aos exigíveis do homem comum.

Assim, deve-se ponderar que a consideração da culpa (*lato sensu*), em certas circunstâncias de responsabilidade subjetiva, poderá não conduzir à responsabilização do agente. Rui Stoco, por exemplo, resalta que a culpa levíssima “*por sua irrelevância para o*

61 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

62 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

63 Em relação a este dispositivo, concorda-se com a opinião de Daniel Ustárroz quando indica que o art. 944 do Código Civil é uma disposição que apenas encontrará sentido normativo com o passar dos anos, a partir do trabalho dos operadores do direito (USTÁRROZ, 2014. p. 87).

fato concreto e sendo escusável” não gera responsabilização do agente (STOCO, 2014, p. 210).

No âmbito da responsabilidade objetiva, porém, o dever de indenizar surge de maneira independente da culpabilidade do agente. Nesse caso prevalece o princípio da plena reparação dos danos e da primazia da vítima, sendo reduzido o espaço ocupado pela culpabilidade (LÔBO, 2018, p. 341). Não haverá, portanto, a consideração do elemento subjetivo, sendo que a proporção do dever de indenizar deve ser a mesma quando o agente atua com dolo ou quando ele atua com culpa. No âmbito da Responsabilidade Civil objetiva, não ganha grande relevância a distinção entre dolo e culpa (*stricto sensu*), já que nesta seara o objetivo é indenizar a vítima e não punir o agente, medindo-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente.

2.2 Direito Penal

“Crime” pode ser conceituado, na perspectiva formal-analítica, segundo a clássica concepção tripartida, como um fato (i) típico, (ii) antijurídico e (iii) culpável⁶⁴. Para o estudo da responsabilidade penal que se pretende desenvolver é imprescindível abordar minuciosamente as questões relativas à culpabilidade. A culpabilidade, elemento do conceito de crime que interessa ao presente trabalho, refere-se à parcela de conteúdo subjetivo na conduta delituosa.

Como visto, a evolução do direito civil no decorrer dos anos gerou, nos dias atuais, a consideração da teoria do risco, admitindo-se a responsabilidade objetiva como uma forma de proteção dos direitos sociais. No âmbito penal, no entanto, ocorreu justamente o contrário. A responsabilidade penal, que decorria do simples fato lesivo na antiguidade, evoluiu a longo do tempo, de modo que atualmente considera-se que somente podem ser aplicadas sanções penais mediante uma análise subjetiva da conduta e do infrator. A evolução do direito afastou portanto a concepção que se tinha antigamente de que o simples fato lesivo geraria a responsabilidade penal. Com a evolução do estado democrático e dos direitos sociais passou-se a levar em conta o conceito da culpabilidade para a imputação de crime. Desse modo, tornou-se indispensável a avaliação da condição psicológica e anímica do infrator e também da reprovabilidade de sua conduta. Fala-se, assim, em princípio da culpabilidade, que segundo

⁶⁴ Há correntes doutrinárias que entendem, no entanto, não ser exatamente esse o conceito analítico de crime. Fernando Capez, por exemplo, entende que a culpabilidade não integra o conceito de crime, sendo este somente o fato típico e ilícito (ou antijurídico) (CAPEZ, 2004, p. 106). No presente trabalho, concorda-se com a utilização do conceito tripartido de crime.

Flávio Augusto Monteiro de Barros (2009, p. 374) tem dois aspectos centrais: (i) *nullum crimen sine culpa*: não há delito se este não for ao menos culposos; e (ii) não há pena se a conduta não for ao menos reprovável.

Assim, dada a importância do instituto, formularam-se teorias a respeito da culpabilidade penal, que são constantemente reavaliadas e aperfeiçoadas. A culpabilidade penal tem, desse modo, porte teórico próprio, falando-se em teoria (ou teorias) da culpabilidade. Três são as principais: (i) teoria psicológica; (ii) teoria psicológico-normativa; (iii) teoria normativa pura.

A teoria psicológica surge no momento em que se torna indispensável falar de culpa (*lato sensu*) no direito penal, tratando da vontade e da previsibilidade da conduta do agente. É justamente dos conceitos de “vontade” e “previsibilidade” que se constroem os conceitos de “dolo” e “culpa”, atingindo-se assim a *teoria psicológica* da culpabilidade. Nela surge a ligação de natureza psíquica entre o sujeito e o resultado, sendo o dolo e a culpa as suas formas, fazendo parte do mesmo conceito. Segundo Guilherme de Souza Nucci, a teoria psicológica torna “culpabilidade” equivalente a “dolo e culpa”, o que traz uma série de problemas, pois “não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta típica e antijurídica” (NUCCI, 2019, p. 524-525).

Tal teoria, no entanto, não se mostrou adequada para definir a culpabilidade, principalmente pelo fato de colocar dolo e culpa como conceitos antagônicos, impossibilitando a criação de um conceito anterior que os abrangesse. Além disso, há nessa teoria uma grande dificuldade em explicar a conduta de caráter omissivo. Guilherme Nucci, analisando a problemática da teoria psicológica, destaca que o agente que atua com dolo “ainda que esteja sob coação moral irresistível, poderia ser considerado culpável, o que se afigura ilógico” (NUCCI, 2019, p. 525).

Por estas e outras razões passou-se a entender, conforme a *teoria psicológico-normativa*, que dolo e culpa não eram formas de culpabilidade, mas elementos desta. Assim, a culpabilidade exigiria o dolo e a culpa (elementos psicológicos do autor) e também a reprovabilidade (juízo de valor sobre o fato). Dolo e culpa, nesse aspecto passaram a ser valorados normativamente. Assim, mais do que dolo e culpa como liames psíquicos entre o agente e o fato, a culpabilidade passou a abranger, no âmbito penal, um juízo de reprovabilidade sobre a própria conduta. Nesse sentido, a conduta somente será reprovável se o agente tiver consciência da ilicitude do seu comportamento, ou se ao menos tivesse a possibilidade desse conhecimento (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 182).

A validade desta colocação foi, no entanto, colocada em cheque. Seus críticos afirmavam que não se podia manter o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade. Isso pois, sob a ótica do finalismo⁶⁵, a conduta revela-se como uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, em toda ação o ser humano possui uma finalidade, que pode ser desde logo analisada sob o prisma doloso ou culposo. A análise do dolo e da culpa situa-se assim no campo da tipicidade, e não da culpabilidade (NUCCI, 2019, p. 525).

Desse modo, a *teoria normativa pura* muda o posicionamento do dolo e da culpa para o campo da conduta. A culpabilidade passa assim a corresponder apenas à reprovabilidade da conduta típica e antijurídica. Segundo Guilherme Nucci (2019, p. 525), a culpabilidade é então um juízo de reprovção social, incidente sobre o fato típico e antijurídico e sobre seu autor, agente este que precisa ser imputável, ter agido com consciência da potencial ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o direito.

Embora concorde-se com a *teoria normativa pura*, na qual a culpabilidade penal está adstrita à reprovabilidade da conduta, é de extrema importância destacar no presente trabalho, para os objetivos pretendidos no capítulo seguinte, os assuntos relativos também ao dolo e a culpa no âmbito penal (tipicidade da conduta sob o prisma subjetivo).

Permanecendo fiel à *teoria normativa pura*, dolo e culpa, em linhas gerais, seriam então as formas como o delito se apresenta, sendo que a culpabilidade penal abrange os elementos da reprovabilidade (juízo de censura) da conduta típica e antijurídica, conforme será visto a seguir.

2.2.1 Crime doloso e crime culposo

Toda infração penal tem a sua configuração constituída por uma parcela de conteúdo objetivo, consistente na realização concreta da conduta descrita nos tipos penais, e outra de caráter subjetivo, consistente no coeficiente volitivo que impulsiona o agente à prática da infração. Sem a concretização da parcela subjetiva, a conduta, ainda que formalmente típica, não caracteriza infração penal, não se podendo cogitar a imposição de pena. A análise do

⁶⁵ Na teoria finalista da ação, inspirada em Hans Welzel, concebe-se a ação como uma atividade humana consciente dirigida a um fim. As normas, assim, podem determinar ou vedar uma conduta final, ou seja, uma conduta dirigida a uma finalidade. Se a conduta é uma atividade final e o tipo descreve condutas, logo o tipo descreve atividades finais. A finalidade, assim, está situada no campo do tipo, compondo-o como elemento subjetivo, consequentemente, o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade e passam a integrar o tipo na estrutura do delito. Na culpabilidade, portanto, restam os aspectos relativos apenas à reprovabilidade da conduta (ZARDO, 2014 p. 98).

coeficiente subjetivo dos delitos parte de duas modalidades fundamentais de culpa (*lato sensu*): (i) o dolo; e (ii) a culpa (*stricto sensu*). Do reconhecimento desta dicotomia é que se cabe falar em crimes dolosos e crimes culposos, conforme o art. 18 do Código Penal⁶⁶ (BUENO, 2012, p. 38).

Isso significa que para que determinado resultado possa ser atribuído ao agente é necessário que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta. Se não houve conduta, não se pode falar em fato típico. Não existindo fato típico, não há crime (GRECO, 2002, p. 84).

Destaca-se, nesse sentido, que a vontade domina tanto a conduta dolosa quanto a culposa. A diferença é que, na ação dolosa, a vontade alcança o resultado, enquanto na culposa só vai até a causa do resultado (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 89).

É necessário, portanto, indagar se o agente quis o resultado ou ao menos poderia prever que esse evento poderia ocorrer. Indispensável, nesse ponto, indagar se estavam presentes a vontade ou a previsibilidade, dos quais decorrem os conceitos jurídicos do dolo (vontade) e da culpa *stricto sensu* (previsibilidade) (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 181).

Como regra, os crimes estão previstos como dolosos. Conforme o art. 18, parágrafo único, do Código Penal⁶⁷, o parâmetro geral é que todo crime seja doloso, somente sendo admitida a conduta culposa quando houver previsão expressa nesse sentido.

De maneira sintética, o dolo é a atuação voluntária nas circunstâncias pertencentes ao tipo penal. O art. 18, inciso I, do Código Penal expressamente refere-se ao crime doloso como sendo aquele que ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Rogério Greco define dolo como “a vontade livre e consciente dirigida a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador” (GRECO, 2002, p. 176), ou ainda, na lição de Eugenio Raúl Zaffaroni: “o dolo é o querer do resultado típico, a vontade realizadora do objetivo” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 480).

Além da atuação voluntária, verifica-se no tipo doloso que a conduta deve ser abrangente ao ponto de preencher, por completo, todos os elementos que compõem o enunciado do delito. Para a conduta ser caracterizada como dolosa, o agente deve ter o conhecimento, a consciência, do resultado que ele pretende com a conduta. A vontade e o conhecimento, portanto, são elementos que compõem a estrutura do crime doloso.

66 Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

67 Art. 18 (...) Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Com o tempo e a evolução da teoria penal, percebeu-se que é possível realizar uma gradação das condutas dolosas e culposas, de modo que, atualmente, a doutrina distingue diferentes espécies de dolo e culpa, ligadas à intensidade com a qual o agente atua. Quanto maior for a intensidade do dolo, mais reprovável deve ser entendida a conduta do agente. No contexto da culpa *stricto sensu*, quanto maior a previsibilidade do resultado, maior a necessidade de uma pena mais severa (BUENO, 2012, p. 98).

Ressalta-se, nesse aspecto, que a doutrina, com o objetivo de melhor sistematizar o estudo, costuma oferecer classificações ao conceito de dolo e culpa. A seguir, merecem destaque as classificações mais importantes frequentemente desenhadas na doutrina penal.

Em relação às diferentes espécies de dolo, destaca-se a distinção que se faz entre: (i) dolo direto; e (ii) dolo indireto.

Dolo direto é, segundo Rogério Greco, “o dolo por excelência” (GRECO, 2002, p. 180). O agente, nesse caso, prevê o resultado e, assim, pratica todos os atos para alcançá-lo. Age com dolo direto aquele que pratica a conduta efetivamente querendo cometer os exatos termos descritos no tipo penal. Dolo direto de primeiro grau ocorre quando o agente quer o resultado diretamente como fim, a conduta, nesse caso, é orientada para atingir o resultado anteriormente delimitado e pretendido pelo agente. Aqui, o agente tem vontade e consciência da sua conduta bem como do resultado que com ela alcançará. No dolo direto de segundo grau, por seu turno, o resultado delituoso é a consequência inevitável do meio escolhido pelo agente. Nesse caso, o agente tem consciência de que, para atingir o resultado que pretende, ele necessariamente terá que atingir outros resultados que não constituem sua finalidade primordial, aceitando a produção de tais outros resultados como forma de atingir o objetivo previamente pretendido a título de dolo de primeiro grau. Vale destacar, nesse sentido, que o dolo direto de segundo grau não tem existência autônoma, sendo sempre uma consequência do dolo direto de primeiro grau.

Dolo indireto, por sua vez, é aquele que não é preciso, definido, como ocorre no dolo direto, sendo aquele baseado na teoria do assentimento. Divide-se em (i) alternativo e (ii) eventual. O dolo indireto alternativo é, na lição de Julio Mirabete, aquele no qual “o agente quer, entre dois ou mais resultados (matar ou ferir por exemplo), qualquer deles” (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p.130), de modo que caso o resultado mais grave venha a acontecer, o agente será responsabilizado por dolo. Acrescenta-se que o dolo indireto alternativo pode se dar não apenas em relação ao resultado, mas também em relação à pessoa – a alternatividade, nesse caso, se refere à pessoa contra a qual o agente direciona seu

comportamento, não importando para o agente se o resultado ocorrerá com a pessoa “X” ou “Y”. O dolo indireto eventual, por seu turno, ocorre quando o agente assume o risco de produzir um determinado resultado, crendo que este não ocorrerá. É a modalidade de dolo prevista na segunda parte do art. 18, inciso I, do Código Penal: “[...] ou assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Neste caso, o agente não pretende diretamente cometer a infração penal, mas aceita o risco que a sua conduta pode gerar e admite a sua eventual produção, e com isso, produz ao fim o resultado que já estava previsto e aceito.

Os atos dolosos são ainda distinguíveis entre (i) dolo genérico e (ii) dolo específico.

Dolo genérico é tido como a vontade de concretizar o fato descrito na lei, em seu núcleo (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 130). Não haveria, desse modo, uma finalidade específica para a conduta do agente a não ser aquela descrita no Código Penal. É tido, portanto, como a consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo penal. Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros, o dolo genérico é verificável “nos tipos penais em que a vontade do agente se esgota com a prática da conduta objetivamente criminosa. Exemplo: ‘matar alguém’” (BARROS, 2009, p. 239).

Dolo específico, por sua vez, é tido como a vontade de cometer o crime com uma determinada finalidade especial. Nesse caso, além das exigências do dolo genérico, há uma intenção especial do agente, muito comum em tipos penais que contém expressões que indicam a finalidade última do agente (com o fim de, etc.) como por exemplo o do art. 159 do Código Penal⁶⁸. Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros, o dolo eventual “projeta-se nos tipos penais que exigem do agente uma finalidade particular, que ultrapassa os limites do fato material” (BARROS, 2009, p. 239).

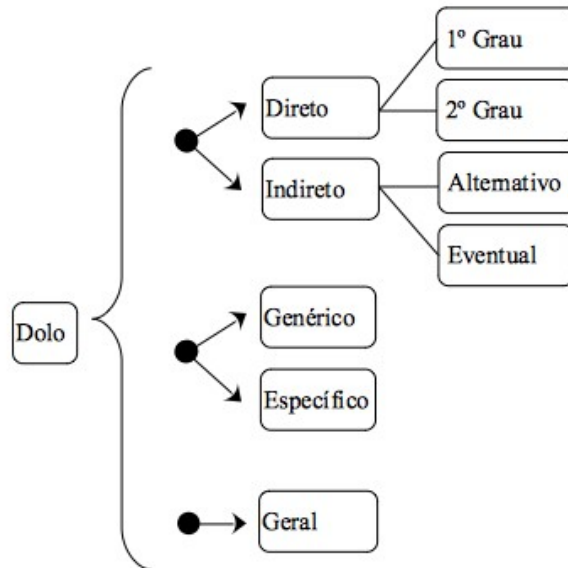
Importante destacar que, para Julio Mirabete, a distinção entre dolo genérico e dolo específico é falha “pois o que existe são os elementos subjetivos do tipo” (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 130). Flávio Augusto Monteiro de Barros, nesse sentido, entende que o que se chama de dolo específico na realidade não é dolo, e sim a finalidade, ou seja “aquilo que o agente busca com a prática do fato criminoso” (BARROS, 2009, p. 239).

É possível falar, ainda, em dolo geral. Neste caso, o agente pensa que conseguiu o resultado pretendido e pratica uma nova ação, sendo que, na verdade, o resultado que pretendia em primeiro lugar acaba decorrendo somente desta segunda ação. O autor acredita ter consumado o delito, quando na verdade este só é consumado com uma ação posterior que

68 “Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: (...)” (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

pretendia um resultado diverso. O exemplo clássico desta espécie de dolo é o do agente que golpeia seu desafeto procurando o resultado morte e, supondo tê-lo atingido, procura o segundo resultado ocultar o cadáver em um rio, vindo a vítima a óbito, na verdade, por afogamento. O agente, por força do dolo geral, responderá nesse caso por homicídio doloso e não por tentativa de homicídio seguida de homicídio culposo.

As espécies de dolo podem ser sintetizadas no fluxograma a seguir:



A culpa *stricto sensu*, em contraposição ao dolo, remete à conduta não intencional. Refere-se, portanto, a um resultado que não foi buscado pelo agente, que poderia, entretanto, tê-lo evitado se tivesse procedido com maior cautela. A culpa *stricto sensu* decorre da falta de dever de cuidado que se espera do agente. Nos eventos culposos, desse modo, basta a previsibilidade de ocorrência do resultado delituoso para que seja estabelecida a conexão psicológica entre o agente e o resultado (BUENO, 2012, p. 40). Culpa *stricto sensu*, portanto, refere-se à inobservância do dever de cuidado pelo agente, que poderia ter evitado um resultado previsível se tivesse agido com mais cautela.

Ressalta-se que, como já afirmado, o dolo é a regra e a culpa a exceção. Tal assertiva encontra fundamento legal no art. 18, parágrafo único do Código Penal⁶⁹, que expressamente prevê o dolo como parâmetro de punição por crimes, salvo nos casos em que a própria lei aceita a culpa.

⁶⁹ “Art. 18 (...) Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Na lição de Julio Mirabete (2013, p. 131), são cinco os elementos da culpa *stricto sensu*: (i) conduta; (ii) inobservância de um dever de cuidado objetivo; (iii) resultado lesivo involuntário; (iv) previsibilidade; (v) tipicidade.

O Código Penal estabelece em seu art. 18, inciso II, três modalidades de conduta culposa, a saber: (i) imprudência, (ii) negligência e (iii) imperícia. A *imprudência* é tida como a culpa de quem age sem o devido cuidado necessário. Trata-se de um comportamento positivo no qual o agente comete uma ação desatenciosa, desenvolvendo-se essa culpa paralelamente à ação. A *negligência*, por outro lado é a culpa por omissão ou conduta negativa. O agente deixa de tomar o necessário cuidado antes da ação. A negligência se dá, ao contrário da imprudência, antes do início do ato. A *imperícia* é a falta de capacidade ou do conhecimento necessário para o exercício de um ofício. Age com imperícia quem pratica uma atividade para a qual não está qualificado, demonstrando falta de habilidade.

Assim como no caso do dolo, destaca-se que também há uma distinção entre as espécies de culpa *stricto sensu*:

Culpa inconsciente é a espécie que ocorre quando o agente genuinamente não prevê o resultado que, no entanto, era previsível. O agente não tem a capacidade de conhecer o risco que a sua conduta representa. Segundo a lição de Guilherme Nucci (2019, p. 405), na culpa inconsciente o agente não tem previsão (ato de prever) do resultado, mas a mera previsibilidade (possibilidade de prever).

Culpa consciente, por outro lado, ocorre quando o agente prevê o resultado, mas genuinamente acredita que ele não vá ocorrer. Há aqui um verdadeiro conhecimento do risco oferecido ao bem jurídico protegido pela norma penal, mas o agente rejeita a crença de que o evento ocorrerá. Segundo Guilherme Nucci (2019, p. 393), na culpa consciente o agente acredita, firmemente, que o resultado lesivo não se realizará, confiando na sua ação para impedi-lo. Em suma, o agente tem a previsão o resultado, mas arrisca, esperando sinceramente que ele não acontecerá.

É possível, ainda, distinguir a culpa (*stricto sensu*) em duas outras espécies: a culpa própria e a culpa imprópria.

Culpa própria é aquela que ocorre quando o agente não quer o resultado e nem assume o risco de produzi-lo, em exata oposição ao conceito de dolo trazido no art. 18, I do Código Penal. A culpa, nesse caso, se dá nas modalidades da imprudência, negligência e imperícia.

Culpa imprópria, por sua vez, ocorre quando o agente deseja o resultado, porém, a sua vontade está viciada por um erro do próprio agente, que poderia tê-lo evitado se tivesse agido

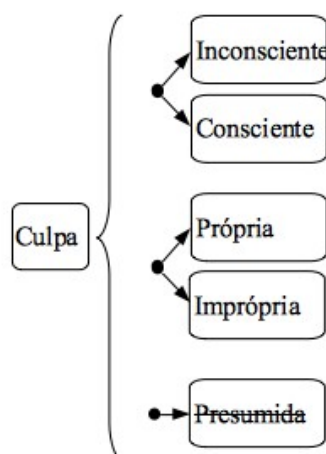
com o devido cuidado. Segundo Julio Mirabete, o tratamento do fato como um crime culposo ocorre pois o agente deu causa ao resultado por não atender ao cuidado objetivo que dele se exigia na prática do ato (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 137). Guilherme Nucci, por seu turno, aduz que se trata “de uma conduta dolosa, cuja origem é a própria imprudência do agente” (NUCCI, 2019, p. 399).

Embora seja uma noção superada no direito penal, é possível tratar ainda da culpa presumida. Neste caso, o agente é penalizado por uma determinação legal que presume a ocorrência da culpa, ou seja, ainda que não houvesse negligência, imprudência ou imperícia. O Código Penal não admite a culpa presumida, uma vez que isto implicaria em responsabilidade objetiva, inviável no direito penal.

Fala-se também em graus da culpa, embora não haja previsão legal para tanto. A doutrina distingue, nesse sentido, culpa grave, culpa leve e culpa levíssima. A medida de atribuição de grau à culpa obedece a proporção da maior ou menor possibilidade de previsão do resultado. Tais graus de apreciação da culpa não estão previstos em lei, mas são de extrema relevância na fixação da pena. Tais parâmetros, portanto, são fixados caso a caso pelo juiz, de acordo com a prova dos autos, de modo que a culpa levíssima, por exemplo, pode chegar a isentar o agente de penalização.

Ressalta-se que o delito culposo não acomoda a figura da tentativa, viável somente em relação aos delitos dolosos. Isso decorre, evidentemente, da impossibilidade de se tentar uma determinada conduta sem querê-la.

As espécies de culpa (*stricto sensu*) podem ser sintetizadas no fluxograma que segue:



2.2.2 Elementos da culpabilidade

Como visto, para a *teoria psicológico-normativa* a culpabilidade abrange, além do estudo do dolo e da culpa, a reprovabilidade da conduta típica e ilícita praticada pelo agente, noção esta que **foi abandonada** na *teoria normativa pura*, segundo a qual a culpabilidade é estudada apenas com base na reprovabilidade. Vale, nesse sentido, destacar brevemente os elementos que compõem a culpabilidade (aqui tida como reprovabilidade da conduta).

A culpabilidade, desse modo, passa a ser constituída por (i) imputabilidade, ou seja, a condição de maturidade e sanidade mental que determina a capacidade psíquica do agente de se autodeterminar; (ii) potencial de consciência sobre a ilicitude do fato, tida como a capacidade do agente de conhecer a ilicitude da conduta praticada; e (iii) inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, se na circunstância específica do agente seria possível exigir dele outra conduta diversa daquela que o levou a cometer um fato típico e antijurídico.

Sem estes três elementos, portanto, não é possível falar em culpabilidade. A seguir, serão destacadas em específico as características destes três elementos mencionados.

O conceito de imputabilidade surge, ao longo da história, da necessidade de adequar o sistema de responsabilização penal às descobertas da medicina que introduziram noções inovadoras sobre patologias psíquicas que poderiam influenciar a capacidade de autodeterminação dos agentes. O filósofo Michel Foucault, em sua brilhante obra “Vigiar e Punir”, bem destaca a evolução da “loucura” na prática penal. Para ele, os esforços significativos no sentido de considerar o que hoje se chama de imputabilidade iniciaram-se no código penal francês de 1810, que previa a possibilidade de invocar a “loucura” ou a “demência” para excluir a qualificação de um ato como crime, fazendo-o desaparecer. Ainda assim, foram necessários mais de 150 anos para a evolução da jurisprudência nesse sentido (FOUCAULT, 2014, p. 24). Na lição de Eugenio Zaffaroni, que bem resume o conceito na atualidade, a imputabilidade penal é a “capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, composta da capacidade de compreender a antijuricidade da conduta e da de adequá-la de acordo com esta compreensão” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 626). Em suma, a imputabilidade refere-se à condição psicológica do agente que comete o crime que permitirá aferir se este tinha capacidade de se autodeterminar em conformidade com a lei penal na ocasião do delito.

Por seu turno, para o juízo de reprovação é indispensável que o sujeito tenha a estrutura suficiente para determinar a sua vontade conforme o caráter antijurídico da conduta. Em outras palavras, é imprescindível apurar se o agente conhecia a ilicitude do fato ou podia conhecê-la, falando-se então sobre o elemento da potencial consciência sobre a ilicitude do

fato. É preciso que o sujeito tenha a possibilidade de conhecer, sob o prisma jurídico, o caráter proibido do fato. Não significa, no entanto, que a falta de conhecimento da ilicitude, quando ocasionada pela negligência do agente, tenha o condão de excluir a culpabilidade. Se a ilicitude do fato podia ser de conhecimento do agente sem que para tanto fosse necessário um esforço anormal, subsiste a culpabilidade (GRECO, 2002, p. 400-401).

Por fim, só há culpabilidade se, nas circunstâncias do cometimento da conduta, não era possível exigir do agente um *modus operandi* diferente. A inexigibilidade de conduta diversa significa dizer que a conduta somente será culpável se realizada em condições normais, nas quais o agente podia e devia proceder conforme o direito (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 185). Assim, o comportamento contrário ao direito não é reprovável quando o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, não podia proceder de outra maneira.

2.2.3 Excludentes de culpabilidade

Algumas circunstâncias, nesse sentido, são capazes de afastar o juízo de reprovação ou minimizar-lhe a extensão. Define-se tais circunstâncias, na esfera do direito penal, como excludentes de culpabilidade, que foram expressamente contempladas no Código Penal. Exclui-se a culpabilidade, portanto, quando ausentes algum de seus elementos: (i) potencial de consciência sobre a ilicitude do fato; (ii) inexigibilidade de conduta diversa; e (iii) imputabilidade. Tais hipóteses serão abordadas a seguir.

O Código Penal, levando em conta os mencionados elementos da culpabilidade, trouxe as ocasiões em que esta será afastada, esquematizando tais pressupostos de maneira objetiva nos artigos 20 a 22 e nos artigos 26 a 28.

A ausência de culpabilidade por falta do elemento *potencial de consciência sobre a ilicitude do fato* se dá nas seguintes hipóteses: (i) erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do Código Penal); (ii) erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante putativa (art. 20, § 1º, do Código Penal); e (iii) obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico (art. 22, segunda parte, do Código Penal).

A ausência de culpabilidade por falta do elemento *inexigibilidade de conduta diversa* se dá no caso de coação irresistível, conforme art. 22, primeira parte, do Código Penal.

A ausência de culpabilidade por falta do elemento *imputabilidade* se dá nas hipóteses de (i) doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental

retardado (art. 26 do Código Penal); (ii) menoridade (art. 27 do Código Penal); e (iii) embriaguez fortuita completa (art. 28, §1º, do Código Penal).

Impõe-se destacar, a seguir, as excludentes de culpabilidade na sequência que o Código Penal as esquematizou.

2.2.3.1 Erro de tipo

O art. 20, *caput*, do Código Penal⁷⁰ refere-se aos erros sobre os elementos do tipo. O erro de tipo consiste na interpretação incompleta ou equivocada a respeito de algum dos elementos que compõem o tipo penal. Segundo Rogério Greco o erro de tipo ocorre quando o agente tem uma falsa interpretação da realidade, faltando-lhe “a consciência de que pratica uma infração penal e, dessa forma, resta afastado o dolo” (GRECO, 2002, p. 293). Em relação ao erro de tipo, o Código Penal prevê três situações: (i) as discriminantes putativas (§ 1º); (ii) o erro determinado por terceiro (§ 2º); e (iii) o erro sobre a pessoa (§ 3º).

No caso das discriminantes putativas, dentro do contexto do erro de tipo, o agente acredita estar autorizado a agir mediante alguma das hipóteses de exclusão da ilicitude⁷¹, quando na verdade a situação não a justificava. O agente, desse modo, supõe uma situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima. Segundo Julio Mirabete (2013, p. 191), o agente, em decorrência da situação, supõe que a conduta é lícita, agindo com dolo, porém, a sua conduta não é reprovável por não ter consciência de sua ilicitude. Neste caso, o Código Penal prevê a isenção de pena.

⁷⁰ “Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Discriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime” (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

⁷¹ “Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

No caso do erro determinado por terceiro, dentro do contexto do erro de tipo, há uma conduta de terceiro que leva o agente a incorrer em erro. Prevê-se, assim, que o terceiro que deu causa ao erro é quem responderá pelo crime, seja por dolo ou culpa.

No caso do erro sobre a pessoa, dentro do contexto do erro de tipo, o agente equivocase na sua atuação em relação ao seu destinatário. O erro, nesse caso, decorre de uma falsa interpretação da realidade, tratando-se de hipótese em que querendo praticar o crime contra uma determinada pessoa, comete-o contra outra. Assim, prevê o Código Penal que o erro sobre a pessoa não exclui nem mitiga a culpabilidade do agente (BUENO, 2012, p. 49).

2.2.3.2 Erro de proibição

O art. 21 do Código Penal⁷² versa sobre o erro de proibição. No erro de proibição o agente acredita que a sua conduta não importa na prática de qualquer infração penal. Não tem o agente, nesse caso, consciência do caráter ilícito do fato que pratica. O erro de proibição não se confunde nem significa o desconhecimento da lei, mas deve ser entendido como a falta de conhecimento do próprio caráter ilícito da infração praticada (BUENO, 2012, p. 50).

Segundo Guilherme Nucci, cuida-se de erro sobre a ilicitude do fato, uma vez que o agente pratica o fato sem desejar praticar a conduta típica, pois não tem noção de que ela é vedada (NUCCI, 2019, p. 566). É o caso portanto de exclusão da culpabilidade por ausência do elemento “potencial de consciência sobre a ilicitude do fato”.

2.2.3.3 Coação irresistível e obediência hierárquica

O art. 22 do Código Penal⁷³ refere-se à coação irresistível e à obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal. Convém separar o estudo deste artigo, portanto, em duas partes: (i) a coação irresistível e (ii) a obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal.

A coação irresistível pode ser moral ou física e é o constrangimento, por terceiro, que faz com que o agente cometa o crime, de modo a descaracterizar a culpabilidade do agente.

72 “Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço” (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

73 “Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem” (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Nesse caso, a capacidade de resistência do agente é reduzida a zero por conta do temor empregado, impedindo o agente de adotar outra conduta e, ao mesmo tempo, forçando-o a atuar conforme os ditames do coator. Nessa hipótese, não pode o agente ser responsabilizado penalmente pelo ato, excluindo-se a culpabilidade por falta do elemento “inexigibilidade de conduta diversa”.

A obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal, por seu turno, insere-se apenas na dinâmica do serviço público e refere-se à conduta que foi ordenada ao agente por seu superior que redonda na prática de crime. Julio Mirabete destaca a necessidade de que a ordem não seja manifestamente ilegal, devendo o agente obedecê-la sem o conhecimento da ilicitude do fato (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 194).

2.2.3.4 Inimputabilidade

O Código Penal brasileiro prevê a imputabilidade atualmente do art. 26 ao art. 28. A lei estabelece que inimputável aquele que é “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento” (art. 26, *caput*). O Código Penal, com base nessa premissa, aborda a imputabilidade do ponto de vista de quatro situações distintas: (i) doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado, (ii) menoridade, (iii) emoção e paixão, e (iv) embriaguez.

Doença mental é tida como a enfermidade causadora de um desequilíbrio psíquico, de modo que o sujeito padecerá de uma perturbação na consciência. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado é a circunstância que advém tanto da falta de aculturação quanto de fatores físicos que não se confundem com a doença mental por sua irreversibilidade (como por exemplo a síndrome de down). A isenção de pena, no entanto, somente se dá quando estes fatores comprometerem de maneira integral a autodeterminação do agente no momento da conduta, vide art. 26, *caput*, do Código Penal. É imprescindível, portanto, a perícia médica. Sem prejuízo, no art. 26, parágrafo único, do Código Penal há a previsão de redução de pena para aqueles que atuam mediante perturbação mental ou desenvolvimento mental incompleto. Trata-se, nesse caso, dos chamados semi-imputáveis, ocasiões nas quais as condições psicológicas do agente não lhe retiram por completo a capacidade de autodeterminação ao ponto de ensejar a isenção da pena.

A menoridade, também uma situação ensejadora de inimputabilidade, é um critério etário objetivo. Conforme art. 27 do Código Penal, os menores de dezoito anos são

penalmente inimputáveis. Verifica-se que a lei penal, nesse caso há um critério biológico que pressupõe o desenvolvimento mental incompleto, bastando isso para afastar a culpabilidade e, por consequência o crime. Ressalta-se, no entanto, que apesar de menores não cometerem crime, cometem “ato infracional”, estando sujeitos às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (BUENO, 2012, p. 95).

Emoção e paixão, por sua vez, são situações que não excluem a imputabilidade. Neste caso, o Código Penal entendeu necessário esclarecer que excluir a culpabilidade por emoção ou paixão é inviável, conforme seu art. 28, inciso I. Por emoção entende-se o acometimento de sentimento que perturba o equilíbrio do agente, sem no entanto privar-lhe de sua autodeterminação. A paixão, por seu turno, refere-se à emoção em caráter duradouro, prolongando-se no tempo.

Embriaguez voluntária ou culposa, por fim, é também situação que não exclui a imputabilidade, conforme art. 28, inciso II, do Código Penal. Não deixa de ser imputável, portanto, aquele que se submeteu a situação de inconsciência ou de incapacidade. No entanto, no § 1º e § 2º do mesmo artigo, prevê-se a isenção e redução de pena nos casos de embriaguez fortuita ou decorrente de força maior.

2.2.4 Responsabilização das pessoas jurídicas no direito penal

Prevalece na atualidade o entendimento de que a pessoa jurídica pode também ser responsabilizada penalmente por determinadas condutas criminosas. Obviamente, a pessoa jurídica como entidade ficta inanimada, não tem vontade própria, de modo que os eventuais crimes por ela cometidos são, em verdade, atos das pessoas físicas que a coordenam ou que em nome dela exercem determinada atividade. O direito, no entanto, entendeu que determinados bens jurídicos careciam de uma proteção especial, inaugurando a responsabilidade penal da pessoa jurídica como uma forma de não deixar impunes certas condutas. Assim, além da responsabilidade penal do administrador, estabeleceram-se penas também aplicáveis às próprias pessoas jurídicas.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um conceito recente no ordenamento jurídico brasileiro, introduzido pelo art. 173, § 5º e também pelo art. 225, § 3º, ambos da Constituição Federal.

O art. 173, § 5^{o74}, versa sobre as punições aplicáveis às pessoas jurídicas por atos praticados contra a ordem econômica e financeira. Nesse caso, a ordem constitucional não consagrou expressamente a responsabilidade “criminal” da pessoa jurídica e nem o tipo de punição aplicável, deixando ao legislador infraconstitucional esta tarefa. Porém, tendo em vista esta lacuna constitucional, as leis que vieram a regular a matéria no plano infraconstitucional acabaram não entrando no tema da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. As leis posteriores à Constituição, de fato, tipificaram diversas condutas contra a ordem econômica e financeira, contra os direitos do consumidor e contra a economia popular, no entanto, o fizeram apenas em relação às pessoas físicas. Tal fato é verificável, por exemplo, nas Leis nº 8.078/1990, nº 8.137/1990 e nº 8.176/1991, que tratam das infrações à ordem econômica.

O art. 225, § 3^{o75}, no entanto, foi mais claro ao tratar expressamente da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, indicando que as condutas lesivas ao meio ambiente acarretam sanção penal aos infratores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. A partir desse entendimento, surgiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em atividades ambientais, questão que foi regulada no plano infraconstitucional por meio da Lei nº 9.605/1998⁷⁶.

A questão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica ainda causa polêmica na doutrina, havendo a corrente que ainda opina pela sua impossibilidade. Esta corrente entende que responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica implicaria em penalizar uma pessoa que não participou do crime e que não tem vontade própria de ação. Assim, a responsabilidade da pessoa jurídica poderia ser uma maneira de responsabilidade objetiva, vedada no direito criminal. Ademais, critica-se ainda, no geral, a violação do princípio da personalidade das penas e também a impossibilidade de se aplicar pena privativa de liberdade, sanção por excelência do direito penal.

74 “Art. 173. (...) § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (BRASIL. Constituição [1988]).

75 “Art. 225. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL. Constituição [1988]).

76 O art. 3º da Lei indica expressamente a responsabilidade penal da pessoa Jurídica. Veja: “Art. 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato” (BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

Flávio Augusto Monteiro de Barros, por exemplo, entende que a responsabilidade penal da pessoa jurídica somente é possível caso seja adotada a teoria da realidade⁷⁷, enumerando diversos fatores contrários à sua aceitação (BARROS, 2009, p. 133-137).

Não obstante, a corrente que aceita a capacidade penal da pessoa jurídica entende-a justificada principalmente por questões político-criminais. Há nesse sentido uma preocupação com a impunidade de condutas cuja autoria é de difícil identificação, o que é recorrente nos atuais modelos empresariais. Justifica-se a responsabilidade criminal, nesse sentido, sob o argumento de que é extremamente difícil apontar, no caso concreto, as pessoas físicas que efetivamente agiram no seio das empresas, pois estas últimas contam atualmente com um modelo descentralizado e compartilhado de decisões e também com uma pulverização dos setores e departamentos internos. Fernando Capez bem destaca, nesse sentido, que os integrantes das pessoas jurídicas “usando dos mais variados artifícios, escondem-se debaixo da associação para restarem impunes, fora do alcance da malha criminal” (CAPEZ, 2004, p. 141).

Guilherme Nucci situa-se, nesse sentido, entre os autores que entendem viável a responsabilização penal da pessoa jurídica, e mais: entende que seria viável a responsabilização da pessoa jurídica para além da esfera da Lei nº 9.605/1998: “seria possível ainda prever outras figuras típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos delitos contra a ordem econômica e financeira” (NUCCI, 2019, p. 322), o que no entanto ainda careceria de previsão legal específica.

A despeito das considerações sobre a aceitação ou não da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, que não são o objeto do presente trabalho, é um fato notório que atualmente ela é amplamente utilizada no âmbito nacional e corroborada pela jurisprudência dos tribunais superiores. A Lei nº 9.605/1998, nesse sentido, sedimentou a capacidade penal das pessoas jurídicas por crime contra o meio ambiente.

Foi necessário, no entanto, harmonizar as disposições da Lei nº 9.605/1998 à teoria do crime, ressaltando-se que a admissão da responsabilidade criminal não tornou autoaplicáveis às pessoas jurídicas todos os conceitos e disposições do Código Penal, já que é necessário que a lei específica defina os crimes e estabeleça as sanções penais às quais estarão sujeitas as pessoas jurídicas.

77 Segundo a qual inexistente ficção na personalidade jurídica.

Cabe destacar, nesse sentido, que a admissão da responsabilidade penal para as pessoas jurídicas, inovação da Lei nº 9.605/1998, trouxe profundos questionamentos em relação à culpabilidade e ao elemento subjetivo.

O que se verifica da concepção de culpabilidade penal e elemento subjetivo trazidos até aqui no presente trabalho é, em um primeiro momento, a incompatibilidade destes com a natureza jurídica das pessoas jurídicas, obstáculo que permanece ainda nas considerações inovadoras trazidas nos crimes ambientais. Tal assertiva pode parecer contraditória, mas se a culpabilidade é considerada como “o juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente”, compreende-se que a pessoa jurídica não poderia enquadrar-se nesse conceito, uma vez que as ideias de vontade e consciência, como conceitos lógico-estruturais de autodeterminação, estão ausentes.

Disso extrai-se que a culpabilidade penal, em matéria de pessoa jurídica, tem outro conceito.

Compreende-se, nesse sentido, no caso da pessoa jurídica, que a ação delitiva ocasionou um desequilíbrio em determinada relação, que requer um contrabalanço por parte do agente. Com efeito, a responsabilização ocorre não por uma reprovação da ação, mas, fundamentalmente, porque a prática delitiva desbalanceou uma relação, sendo preciso responsabilizar o evento. Assim, enquanto a culpabilidade penal tradicional estaria vinculada a uma reprovação ética frente ao agir individual contra a norma, a culpabilidade das pessoas jurídicas orienta-se por categorias sociais e jurídicas, ou seja, é imprescindível interpretar a culpabilidade no sentido de responsabilidade social. (TANGERINO, 2011, p. 192-193)

No caso das pessoas jurídicas, a ideia de reprovabilidade da conduta, no sentido de atuação contrária ao dever, permanece presente, mas ela está relacionada à maneira como as atividades da pessoa jurídica foram conduzidas. Assim, nas palavras de Fernando Capez, “a pessoa jurídica pode ser responsável pelos seus atos, devendo o juízo de culpabilidade ser adaptado às suas características” (CAPEZ, 2004, p. 140).

Culpabilidade penal para a pessoa jurídica corresponde, portanto, ao juízo de reprovabilidade que recai sobre a condução da atividade empresarial. Como bem lecionou Fernando Capez (2004, p. 140): “embora não seja possível falar em imputabilidade ou consciência do injusto a reprovabilidade da conduta de uma empresa funda-se na exigibilidade de conduta diversa, a qual é perfeitamente possível”.

Quando se trata de uma infração penal, portanto, há a necessidade de que a lei defina os crimes e estabeleça as sanções penais às quais estarão sujeitas as pessoas jurídicas. Além

disso, é primordial que o legislador fixe as normas relativas à responsabilidade penal da pessoa jurídica uma vez que a elas não se ajustam os elementos subjetivos do delito (dolo, culpa).

2.2.5 Responsabilidade subjetiva e objetiva no direito penal

A culpabilidade surge no direito penal como uma forma de afastar a noção de responsabilidade objetiva como forma de responsabilização. Conforme observado, a doutrina repele a responsabilidade objetiva no âmbito penal sob a justificativa de que ela contraria a essência pessoal da pena, característica da responsabilização criminal, segundo a qual a pena não deve ultrapassar a pessoa do agente e nem a exata medida em que este concorreu para o delito.

Percebeu-se, com a evolução do direito penal, que somente podem ser aplicadas penas ao agente causador do ato lesivo se este, com seu proceder, efetivamente concorreu para sua ocorrência ou poderia tê-lo obstado. Fundaram-se, desse modo, garantias legais direcionadas à proteção dos direitos da pessoa humana, o que inclui o direito de responder penalmente apenas pelos resultados aos quais deu causa – *nullum crimen sine culpa*. Assim, o problema da culpabilidade passou a ocupar posição central no direito penal, ligado à própria teoria do delito e ao conceito de crime.

O direito penal é a última *ratio*. Evidentemente, por seu caráter punitivo, somente uma análise subjetiva da infração e do infrator é capaz de oferecer a correta medida de justiça. A culpabilidade nesse aspecto, é assunto de altíssima relevância na seara penal e, não à toa, é objeto de uma teoria própria, cujos conceitos são utilizados em diversas outras áreas do direito.

Embora haja muitos pontos de intersecção com a Responsabilidade Civil, na responsabilidade penal é necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal, que devidamente prevê as hipóteses de culpa (*lato sensu*), destacando-se que nem toda culpa (*lato sensu*) acarreta a condenação do réu, pois se exige certo grau ou intensidade naquele ato praticado. Já no âmbito cível, qualquer ação ou omissão pode gerar responsabilidade, a partir do momento em que há violação de direito ou prejuízo a alguém, independentemente de culpa, uma vez que o ordenamento jurídico adotou a teoria da Responsabilidade Civil objetiva, aceitando a teoria do risco, segundo a qual determinados danos devem ser indenizados independentemente de culpa (*lato sensu*).

Mais do que isso, a culpabilidade penal, além de representar o vínculo subjetivo entre o autor e o resultado, também se manifesta como fator limitador da aplicação da pena. Em outras palavras, significa dizer que a pena deverá ser proporcional ao grau de reprovabilidade do fato praticado. Conforme bem destacado por Vitor Mageski Cavalcanti, em seu trabalho sobre a inexigibilidade de conduta diversa, a culpabilidade “torna-se a exata medida e o limite da pena, vinculada ao princípio da proporcionalidade. A pena imposta pelo Estado que exceda a culpabilidade do autor representa um ato autoritário, abusivo e ilegítimo” (CAVALCANTI, 2015, p. 63).

Uma conduta considerada típica e antijurídica pode apresentar diversos níveis de reprovabilidade, de modo que a atribuição de pena depende da análise, no caso concreto, da culpabilidade, que refere-se à reprovabilidade da conduta (juízo de censura) excluindo-se a culpabilidade nos casos de inimputabilidade, inconsciência sobre a ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa. Guilherme de Souza Nucci ressalta que, quando se encontra no momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Exige-se do juiz a avaliação da censura ao crime destinada – o que, aliás, demonstra não incidir esse juízo somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu –, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida (NUCCI, 2013, p. 144).

De tudo isso, conclui-se que a responsabilidade penal é essencialmente subjetiva, sendo que a doutrina costuma afastar de imediato qualquer aproximação da responsabilidade objetiva. Com efeito, o juízo subjetivo de reprovabilidade recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento acerca da ilicitude do fato.

Entretanto, as recentes alterações em relação à responsabilização da pessoa jurídica por crime ambiental, conforme hipóteses da Lei nº 9.605/1998, causam controvérsia doutrinária, muitas vezes sob o argumento de que implicaria em responsabilidade objetiva.

Entende-se, nesse sentido, que o modelo adotado no Brasil tornou a pessoa jurídica responsável por reflexo da decisão de uma pessoa física (ou de um colegiado) – art. 3º da Lei nº 9.605/1998⁷⁸ – ao mesmo tempo em que instituiu um novo critério de culpabilidade a partir da própria pessoa jurídica (a reprovabilidade sobre a condução da atividade empresarial).

78 O art. 3º da Lei indica expressamente a responsabilidade penal da pessoa Jurídica. Veja: “Art. 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

Mesmo nos delitos praticados contra o meio ambiente, ao prever a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a Lei nº 9.605/1998 dispõe no seu art. 3º que estas apenas podem responder por referidos ilícitos quando a infração for cometida por decisão de seu representante no interesse ou benefício de sua entidade. Exige-se, assim, o elemento subjetivo das pessoas naturais.

2.3 Direito Administrativo Sancionador (DAS)

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador a noção de responsabilidade também ganha contornos próprios, porque voltada para os fins e valores que justificam e orientam a própria Administração Pública. Cabe, nesse aspecto, ressaltar como o elemento subjetivo e a culpabilidade são trabalhados na teoria geral do Direito Administrativo Sancionador, identificando também os contornos que a responsabilidade subjetiva e objetiva adquirem nessa esfera.

2.3.1 O campo de abrangência do DAS

Cuida-se, no campo do direito administrativo sancionador, das sanções impostas pela Administração Pública, no exercício do seu poder de polícia, aos particulares que com ela se relacionam. O direito administrativo sancionador constitui assim outro campo de responsabilização, independente do civil e penal, que impõe penalidades específicas por determinados atos.

A finalidade precípua pela qual a lei qualifica comportamentos como infrações administrativas é a de coibir certas condutas proscritas e constranger ao cumprimento daquelas obrigatórias. Celso Antônio Bandeira de Mello bem leciona que o objetivo das figuras infracionais administrativas e da correlata penalização

é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo (MELLO, 2019, p. 900).

O legislador escolheu, nesse sentido, a via administrativa para a repressão de determinadas condutas com a finalidade de disciplinar o bom convívio em sociedade. Não se trata, desse modo, de causar uma “aflição” ou castigo a quem agiu de maneira indevida, nem mesmo de angariar vantagens financeiras para o Estado, mas de regular e organizar a vida social.

Desse modo, o Estado, no exercício do seu *ius puniendi*, estabeleceu um meio próprio de responsabilização por ilícitos, que não se confunde com outros âmbitos de responsabilização. O direito administrativo sancionador deve portanto ser entendido como um instrumento do *ius puniendi* do Estado que se utiliza de meios e técnicas próprias visando coibir, desestimular e prevenir certas condutas.

No campo de estudo do direito administrativo sancionador fala-se portanto de “infração administrativa” e “sanção administrativa”. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a “infração administrativa” é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê uma sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nessa esfera. “Sanção administrativa”, por seu turno é a providência gravosa prevista em caso de incursão em uma infração administrativa (MELLO, 2019, pp. 898-899).

As relações de direito administrativo, no entanto, são **muito variadas**, de modo que as modalidades de infração e de sanção, por seu turno, também se apresentam de múltiplas formas. A Lei nº 8.112/1990, por exemplo, regula o funcionamento do serviço público da União, prevendo infrações e sanções administrativas a partir do estabelecimento de deveres e proibições aos servidores. As disposições da Lei nº 12.529/2011, por outro lado, impõem sanções administrativas no contexto do sistema brasileiro de defesa da concorrência, em relação aos atos que tenham por objetivo ou que eventualmente possam produzir efeitos concorrenciais nocivos. As disposições do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997), ainda como exemplo, preveem ilícitos e sanções administrativas relativas à condução de veículos automotores. Todas as normativas citadas compõem exemplos de instrumentos do direito administrativo sancionador, o que dá uma ideia da multiplicidade de objetos inseridos neste campo de responsabilização.

Dada a grande variedade de relações de direito administrativo, a doutrina procura estabelecer, a título de teoria geral, pressupostos para a exata configuração da infração e da sanção administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello aduz sobre “*princípios básicos*” que as infrações e sanções administrativas deveriam atender para ser validamente instituídas. Os das infrações administrativas são: (i) legalidade; (ii) anterioridade; (iii) tipicidade; e (iv) voluntariedade, de modo que para as sanções administrativas devem ser acrescidos, além desses já citados, (v) proporcionalidade; (vi) devido processo legal; e (vii) motivação (MELLO, 2019, p. 901).

Cabe destacar, para os fins aqui pretendidos, o pressuposto da **voluntariedade**, que guarda relação com o tema desenvolvido, o que será feito no item a seguir.

2.3.2 Voluntariedade do agente

Como visto, a voluntariedade é tida por Celso Antônio Bandeira de Mello como um dos princípios básicos da infração e da sanção administrativas. A doutrina de direito administrativo, porém, costuma ter profundas divergências sobre a chamada voluntariedade, até mesmo sobre o conceito que ela efetivamente traduz.

É possível verificar que a doutrina cuida, no campo da voluntariedade, daquilo que remete ao aspecto anímico da conduta, ou seja, dos aspectos psíquicos que caracterizam a conduta e a maneira como ela se deu no mundo fático, o que pode ou não gerar consequências em relação à devida responsabilização.

A voluntariedade foi conceituada por Celso Antônio, no entanto, como algo distinto do elemento subjetivo (dolo ou culpa), sendo constituída “meramente do *animus* de praticar a conduta” (MELLO, 2019, p. 906). Para a caracterização da infração bastaria que a conduta externa, comissiva ou omissiva, fosse resultado de uma decisão do sujeito. O elemento subjetivo – dolo ou culpa – seria assim útil apenas para avaliar a extensão da sanção a ser aplicada (proporcionalidade).

Nada obstante, Celso Antônio traduz como “falta de voluntariedade” situações que na doutrina penal são tidas como excludentes de ilicitude e de culpabilidade. São tais situações: (i) fato da natureza (força maior); (ii) caso fortuito; (iii) estado de necessidade; (iv) legítima defesa; (v) doença mental; (vi) fato de terceiro; (vii) coação irresistível; (viii) erro; (ix) obediência hierárquica; (x) estrito cumprimento do dever legal; e (xi) exercício regular de um direito (2019, p. 901)⁷⁹. A voluntariedade, no entanto, segundo o próprio Professor Celso Antônio, não impediria que a própria lei estipulasse a necessidade de dolo ou culpa para a constituição da infração.

Alguns autores que seguem esta linha de pensamento tratam da voluntariedade, portanto, como algo diferente de dolo e culpa, um mero comportamento espontâneo do agente no sentido de violar a conduta que era esperada. Assim, para os autores que seguem esta linha, a voluntariedade é trazida no direito administrativo sancionador pois o legislador prevê, em

⁷⁹ As 8 (oito) primeiras hipóteses são de exclusão da infração e 3 (três) últimas hipóteses são de exclusão da sanção. Segundo o jurista, as excludentes da infração administrativa dizem respeito “à falta de voluntariedade – logo elidem o próprio cometimento da infração, uma vez que a voluntariedade é o mínimo elemento subjetivo que se exige para a imputação de uma infração a alguém” (2019, p. 901).

certas ocasiões, a responsabilidade administrativa mesmo sem a constatação de que a conduta tenha sido cometida mediante dolo ou culpa, sem que no entanto esteja-se diante de responsabilidade objetiva (que reclama apenas o nexo causal entre a ação e o resultado⁸⁰).

A partir disso, a doutrina tem oscilado sobre o tratamento dado à voluntariedade, levando-se em conta ainda as noções de culpabilidade vindas do direito penal.

A conceituação de voluntariedade como mero *animus*, dispensadas as noções de dolo e culpa, e a sua adoção como suficiente para caracterizar infração e sanção administrativa é muito questionada. A doutrina costuma debater, nesse sentido, se seria necessário elemento subjetivo (dolo ou culpa), ou apenas a voluntariedade, para que seja caracterizada a infração administrativa.

Dentre aqueles autores que sustentam a mera voluntariedade como suficiente para caracterizar a infração administrativa, destacam-se os seguintes.

Silvio Luís Ferreira da Rocha (2013, pp. 611-612) fala na voluntariedade do agente como um dos pressupostos da infração administrativa. Segundo o autor, não se exigem dolo ou culpa, mas apenas um mínimo de voluntariedade no comportamento, ou seja, que o comportamento configurador da infração seja o resultado de um ato espontâneo do agente. Porém, para o autor, a própria lei pode prescrever o elemento subjetivo como necessário em determinadas ocasiões.

Na mesma linha, Daniel Ferreira trata da voluntariedade também como um pressuposto de existência do ilícito. Segundo o autor, a voluntariedade é elemento constitutivo do próprio ilícito de modo que “onde inexistir espontaneidade na contraposição à ordem jurídica vigente não há que se falar em ilícito” (FERREIRA, 2001, p. 50). O mesmo autor, em sua obra “Teoria Geral da Infração Administrativa”, afirma admitir a responsabilização administrativa estribada na mera voluntariedade, na qual prescinde-se de culpa ou dolo do infrator, salvo previsão legal em contrário (FERREIRA, 2009, p. 267).

Não obstante, outra corrente sustenta que o dolo e a culpa são imprescindíveis para a configuração do ilícito administrativo.

Nessa outra linha de raciocínio, Heraldo Garcia Vitta fala em “capacidade de querer”. Segundo o autor, para a configuração do ilícito administrativo é necessário que o sujeito tenha “plena capacidade de discernimento no momento da prática da infração”, ou seja, é necessário que tenha condições de valorar a sua conduta (2003, p. 36). Sustenta o autor que no Estado

80 Nesse sentido, Daniel Ferreira, apesar de considerar que as infrações objetivas são aquelas de mera voluntariedade, para as quais não se exige elemento subjetivo (2009, p. 198), entende que responsabilidade sem culpa não equivale a responsabilidade objetiva, uma vez que exigir voluntariedade seria diferente de exigir apenas o nexo de causalidade entre ação e resultado (2009, p. 274).

Democrático de direito e no regime republicano não se pode cogitar que “haja infrações administrativas diante de mera voluntariedade, sem qualquer análise da culpa ou do dolo do infrator” (VITTA, 2003, p. 43). Para Vitta, o pressuposto de existência do ilícito administrativo é, além da voluntariedade, o dolo e a culpa, de modo que mesmo que haja silêncio do legislador, o elemento subjetivo é de rigor – não se prescinde do dolo ou culpa do infrator (VITTA, 2003, p. 44).

Rafael Munhoz de Mello igualmente defende que a mera voluntariedade não é suficiente para constituir infração administrativa. Segundo o autor, “não é adequada a medida sancionadora aplicada a sujeito que não agiu de modo doloso ou ao menos com culpa *stricto sensu*” (2007, p. 177). Segundo o pensamento exposto pelo autor em sua obra *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*, o propósito da medida sancionadora é estimular a mudança de comportamento, se não há dolo ou culpa a sanção é inadequada, pois infringe o princípio da culpabilidade, segundo o qual a sanção deve se imposta unicamente a quem, devendo agir de outro modo, pratica a conduta típica (2007, pp. 173-185).

Como visto, não há uma uniformidade de pensamento doutrinário acerca do elemento subjetivo e da voluntariedade no ilícito administrativo. Vários autores entendem que dolo e culpa são imprescindíveis para que se configure ilícito administrativo, independente de indicação legal expressa. É o caso de Rafael Munoz de Mello e Heraldo Garcia Vitta. Nada obstante, Celso Antônio Bandeira de Melo, Daniel Ferreira e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, por exemplo, sustentam que a mera voluntariedade seria suficiente para caracterizar a infração.

Nesse quesito, conforme inclusive a observação feita por Daniel Ferreira, o conceito de voluntariedade trazido por Celso Antônio como “mero *animus* de praticar a conduta” revela-se “**multíssimo amplo**” (FERREIRA, 2009, p. 276 – grifos nossos). O que ocorre, no entanto, é que cada autor que discorre sobre o tema, apesar de perceber este problema, acaba por estabelecer um conceito próprio (e por vezes profundamente diferente) de voluntariedade a ser utilizado na sua obra, como o fizeram Daniel Ferreira: “Voluntariedade, é um termo que, nesta obra, exige nova definição, porque passa a se equiparar à vontade” (FERREIRA, 2009, p.275); Rafael Munhoz de Mello: “Praticar uma infração sem desejá-la e a despeito de ter agido com a diligência necessária para evitá-la” (DE MELLO, 2007, p. 193); Heraldo Garcia Vitta: “A voluntariedade da conduta reduz-se à posse de consciência e de liberdade, de quem produza essa conduta; a intencionalidade não é elemento essencial” (VITTA, 2003, p. 40); e Francisco Zardo: “aquilo que o admirado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello

afirma ser voluntariedade para nós configura o dolo acrescido de uma antecipação acerca do juízo de reprovabilidade da conduta” (ZARDO, 2014, p. 104), por exemplo.

Se a doutrina não consegue sequer chegar a um conceito uno do que a voluntariedade verdadeiramente representa, é evidente que haverá margem para posicionamentos antagônicos acerca da aplicação do instituto, como de fato ocorre. Em verdade, faz-se urgente a revisão do instituto, tendo em vista as categorias consolidadas na doutrina penal.

Como dito, as relações de direito administrativo são muito diversificadas, algumas delas, tendo em vista o bem jurídico que protegem e as condutas sociais que querem incentivar ou coibir, levam em conta os conceitos de dolo e culpa para configuração do ilícito, como por exemplo as relações da Lei nº 8.112/1990 e o direito disciplinar no geral. Outras, a exemplo das infrações tributárias, afastam-se das noções de dolo e culpa e até mesmo de culpabilidade (reprovabilidade) para a devida responsabilização administrativa.

Por isso, no campo do direito administrativo sancionador, a atribuição de responsabilidade deverá levar em conta o elemento subjetivo (dolo e culpa) quando a lei não dispôr o contrário. Em outras palavras, entende-se que, como regra geral, o dolo e a culpa figuram como elementos estruturais essenciais da infração administrativa e, desse modo, são imprescindíveis para que a infração administrativa se constitua. Admitir a mera voluntariedade, como regra geral, permitiria relevar o fim visado pela conduta humana, retirando da Administração o dever de apreciar o elemento subjetivo da conduta e também sua culpabilidade.

Inserem-se nessas premissas, por exemplo, as infrações previstas no direito disciplinar, hipóteses retiradas da Lei nº 8.112/1990.

A própria lei, no entanto, pode afastar a necessidade do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a configuração do ilícito, tratando-se de casos de responsabilidade objetiva.

É o caso, por exemplo, da Lei nº 12.529/2011, que no ordenamento brasileiro regula a concorrência econômica. O seu art. 36, *caput*⁸¹, que define os atos que constituem infrações à ordem econômica, expressamente declara que as disposições ali constantes constituem infração “independentemente de culpa”. Excluiu-se, de imediato, a valoração do elemento subjetivo. Assim, considera-se que haverá caracterização de infração à ordem econômica uma vez comprovada a produção dos efeitos descritos nos incisos do art. 36, tendo o legislador

81 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...)” (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011).

adotado, de forma expressa, um modelo de responsabilidade objetiva⁸². Do mesmo modo, o art. 136 do Código Tributário Nacional⁸³ prevê a responsabilidade objetiva no caso das infrações tributárias, configurando-se o ilícito “independe da intenção do agente”.

2.3.3 Responsabilização da pessoa jurídica no DAS

É pacífico na doutrina que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada no campo do direito administrativo sancionador. Desse modo, como bem ressaltou Fábio Medina Osório, deve “a culpabilidade adaptar-se a essa realidade” (OSÓRIO, 2019, p. 395).

Como já visto nos subcapítulos anteriores, a pessoa jurídica não possui vontade ou consciência próprias, de modo que seus atos são, em verdade, praticados por aqueles que agem em seu nome. Isso representa, no direito penal, o maior obstáculo à admissão da responsabilidade da pessoa jurídica, uma vez que nesta seara a responsabilidade objetiva é rejeitada.

O direito administrativo, no entanto, além de não ser a *ultima ratio*, é muito mais próximo à realidade social e à necessidade de tutela do interesse público. Assim, a capacidade de atuar da pessoa jurídica pode manifestar uma vontade juridicamente relevante sem que seja possível identificar as pessoas físicas por trás dessa atuação. Nessa perspectiva, segundo Fábio Medina Osório, a pessoa jurídica “pratica **fatos objetivamente proibidos pela ordem jurídica**, mas não se ignora que, necessariamente, haverá uma vontade humana por trás do atuar da pessoa jurídica” (OSÓRIO, 2019, p. 396 – grifos nossos). É desse modo, portanto, que o direito administrativo sancionador deve dispor de instrumentos efetivos para coibir os ilícitos das pessoas jurídicas, responsabilizando-as.

Rafael Munhoz de Mello bem destaca que “a pessoa jurídica tem capacidade para ser titular de direitos e deveres, de modo que o descumprimento de tais deveres deve sujeitar a própria pessoa jurídica à imposição da correspondente sanção” (DE MELLO, 2007, p. 207). Sem dúvida, caso a pessoa jurídica, ao manifestar sua vontade, pratique um ilícito, desobedecendo um comando imposto pela norma, ela mesma deve estar sujeita à respectiva sanção prevista no ordenamento.

82 A Lei 12.529/2011 nesse sentido, confere responsabilidade objetiva àqueles que cometem infração contra a ordem econômica. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se manifestou sobre o tema na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.094-8/DF

83 “Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966).

Admitindo-se a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas no direito administrativo sancionador, as questões relativas à culpabilidade também merecem retomada. Fábio Medina Osório, nesse sentido, acredita que a culpabilidade foi relativizada, não passando de uma exigência genérica no caso da pessoa jurídica: “não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance” (OSÓRIO, 2019, p. 399).

Referido autor crê que é exigível da pessoa jurídica um comportamento voltado para o direito, sendo razoável supor que um ato praticado pela pessoa jurídica seja submetido a pautas valorativas (como evitabilidade do fato e deveres de cuidado objetivos). Entretanto, nada impede que a lei e as normas contratuais estabeleçam sistemas de responsabilidade objetiva. Assim, é possível sancionar de forma objetiva, desde que tal perspectiva derive da norma aplicável ao caso concreto (OSÓRIO, 2019, pp. 399-400).

Rafael Munhoz de Mello, em outra visão sobre o tema, acredita que à pessoa jurídica deve ser imputada a atuação das pessoas físicas que a integram, de modo que “a vontade da pessoa física é tida como a vontade da pessoa jurídica” (2007, pp. 208-209). Assim, não haveria responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Isso pois o princípio da culpabilidade seria impositivo ao ponto de representar uma necessidade de investigação acerca do dolo ou culpa da pessoa física que integra a pessoa jurídica. Segundo o autor

a pessoa física que age em nome da pessoa jurídica deve praticar uma conduta ilícita com dolo ou culpa *stricto sensu*. Se assim age, descumprindo um dever imposto à pessoa jurídica, imputa-se a esta a má conduta (DE MELLO, 2007, p. 209).

2.3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva no DAS

Dada a grande variedade de relações de direito administrativo, é possível que a proteção ao bem jurídico se dê tanto por responsabilidade subjetiva quanto pela via da responsabilidade objetiva.

O tema, no entanto, enfrenta profunda divergência na doutrina em razão dos diferentes conceitos de “voluntariedade” trazidos pelos autores.

Entende-se, no entanto, que em regra deve ser adotada a responsabilidade subjetiva, uma vez que a responsabilidade administrativa adquire formato de instrumento de repreensão (ainda que a sua finalidade seja induzir administrados a atuar na conformidade da regra). É em decorrência desse caráter repressivo que a consideração do elemento subjetivo deve ser o parâmetro geral de responsabilização, pois não se pode permitir à Administração ignorar o fim visado pela conduta humana.

Assim sendo, “não é adequada a medida sancionadora aplicada a sujeito que não agiu de modo doloso ou ao menos com culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia)” (DE MELLO; 2007, 177), salvo previsão legal expressa que permita a responsabilidade objetiva.

Nesse aspecto, a lei pode prever a responsabilidade objetiva, desconsiderando-se quaisquer noções a respeito da consideração do elemento subjetivo. Como dito, as relações de direito administrativo são muito variadas, de modo que algumas delas, tendo em vista o bem jurídico que protegem e as condutas sociais que querem incentivar ou coibir, afastam-se das noções de elemento subjetivo (dolo ou culpa) e de culpabilidade (reprovabilidade).

Para o direito administrativo sancionador, também pelo seu caráter repressivo, a culpabilidade demanda que a penalidade administrativa seja fixada apenas àquele que, devendo comportar-se de outra maneira, comete a conduta contrária à lei. Assim sendo, a responsabilidade subjetiva veda que sanções sejam impostas sem que os agentes tenham concorrido de modo subjetivo para a infração, salvo os casos legalmente previstos de responsabilidade objetiva.

Quando analisada no campo do direito administrativo sancionador, a responsabilidade subjetiva, da mesma maneira, impõe que seja analisado o campo subjetivo da ação do infrator.

Para Fábio Medina Osório o direito administrativo sancionador consagra uma série de garantias e direitos fundamentais aos acusados em geral, o que se projeta com peculiar intensidade também no campo da responsabilidade do infrator, não apenas no campo da legalidade e tipicidade do poder punitivo estatal (OSÓRIO, 2019, p. 361). Segundo o autor, a culpabilidade é “um princípio amplamente limitador do poder punitivo estatal, aparecendo como exigência de responsabilidade subjetiva” (OSÓRIO, 2019, p. 376).

No campo da tipicidade, portanto, a conduta deve ser, como regra geral, dolosa ou ao menos culposa para constituir infração administrativa, de modo que, no campo da culpabilidade, o injusto administrativo deve ser reprovável, segundo as hipóteses extraídas do direito penal. Admite-se, no entanto, a responsabilidade objetiva em determinadas relações de direito administrativo sancionador, situações estas em que há previsão legal específica para tanto. Ademais, entende-se que a responsabilização objetiva no direito administrativo sancionador é cabível nos casos dos ilícitos cometidos pelas pessoas jurídicas. É possível afirmar, nesse sentido, que a culpabilidade é no campo do direito administrativo sancionador, uma exigência genérica, pois não alcança as pessoas jurídicas da mesma forma que as físicas (OSÓRIO, 2019, p. 399).

3. RESPONSABILIZAÇÃO NO SISTEMA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Apoiando-se na exposição e nas noções trazidas nos capítulos anteriores em relação à responsabilidade objetiva e subjetiva e também em relação à responsabilização da pessoa jurídica, serão destacados no presente capítulo os aspectos atinentes à responsabilidade subjetiva e objetiva no sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

A partir do exposto anteriormente, e adentrando o domínio da improbidade administrativa, é possível verificar alguns problemas centrais que merecerão destaque no presente capítulo. São eles: (i) No domínio da improbidade administrativa admite-se a responsabilidade subjetiva ou a objetiva? Ou ambas? Em que casos?; (ii) A responsabilidade subjetiva no domínio da improbidade administrativa envolve o estudo do elemento subjetivo (dolo e culpa) ou o estudo da reprovabilidade da conduta? Ou ambos?; (iii) Como saber qual o tipo de elemento subjetivo aplicável – dolo ou culpa (e suas subdivisões)?; (iv) Como se dá a responsabilização da pessoa jurídica no domínio da improbidade administrativa?; (v) O domínio da improbidade administrativa admite responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas?; e (vi) Como os programas de integridade influenciam na responsabilização?

Ao longo deste capítulo procura-se reunir subsídios para as respostas a tais questionamentos, o que será feito na conclusão.

Para aprofundar no tratamento dado à responsabilidade subjetiva e objetiva neste âmbito de responsabilização, o presente capítulo, para melhor sistemática, será dividido em três partes: (i) da responsabilidade subjetiva nas hipóteses da Lei nº 8.429/1992; (ii) da responsabilidade objetiva nas hipóteses da Lei nº 12.846/2013; e (iii) do reflexo de ambas na dosimetria das sanções. Serão destacados, principalmente, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a questão.

3.1 Responsabilidade subjetiva: Lei de Improbidade – Lei nº 8.429/1992

A responsabilidade subjetiva, como visto, consiste na avaliação da conduta do agente no sentido de identificar como este deu causa a um determinado resultado, de modo que seu dever de responder será gradualmente menor ou maior de acordo com a maneira como agiu. Em síntese, para que determinado sujeito seja considerado responsável por um determinado resultado, deve-se investigar não só a materialização objetiva do ilícito no mundo fático, mas também o aspecto subjetivo da conduta. No contexto da responsabilidade subjetiva, as

sanções provenientes do Estado, portanto, devem levar em conta o plano da subjetividade da infração e dos infratores, sendo vedada a responsabilização mediante apenas uma constatação objetiva de mera ocorrência do ilícito.

Apesar de não haver previsão legal nesse sentido, é atualmente majoritário o entendimento segundo o qual a responsabilização pelas disposições constantes na Lei nº 8.429/1992 é necessariamente subjetiva. Nesse sentido: Flávio Cheim Jorge (2010, p.283), José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 296), Fábio Medina Osório (2018, p. 254), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1040), Emerson Garcia (2017, pp. 430-433), entre diversos outros.

Uma parcela da doutrina, no entanto, entendia ser possível a responsabilização objetiva do agente público nos termos da Lei de Improbidade. Referido entendimento chegou a ser adotado pelo STJ, como, por exemplo, no julgamento do REsp nº 287.728/SP (julgado em 02/09/2004). No referido julgado concluiu a relatora, Ministra Eliana Calmon, que “tal proceder, de forma objetiva, **independentemente de dolo ou culpa**, configura ato de improbidade, atualmente punido em uma terceira esfera, diferente da via penal, da via civil ou da via administrativa” (grifos nossos)⁸⁴. Tal posicionamento, entretanto, não mais vigora no STJ, o que será abordado com mais minúcia adiante.

A improbidade administrativa, como sistema autônomo de responsabilização, prevê severas sanções aos ilícitos praticados. A Lei nº 8.429/1992 traz um cunho muito restritivo aos direitos do cidadão. Apesar de não prever sanção que limite a liberdade de locomoção (o que traria um expresso conteúdo penal) ela prevê densas restrições e pesados ônus ao jurisdicionado, cerceando direitos civis, patrimoniais e eleitorais (CAPEZ, 2010, p. 201).

Em virtude de seu cunho marcadamente restritivo de direitos, assemelhando-se ao direito penal, é natural que apenas uma análise subjetiva da infração e do infrator seja capaz de oferecer a correta medida da justiça, sob pena de cometer-se arbitrariedade. Dada a forte carga intimidatória das sanções por improbidade, não há como afastar certas garantias

84 Ementa do julgado: ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE - LICITAÇÃO - IRREGULARIDADE - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO SEM OBSERVÂNCIA DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS PERTINENTES - LEI 8.429/92 - IMPOSIÇÃO DE PENA 1. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 2. Não havendo diferença no procedimento dos réus partícipes dos atos de improbidade, desnecessária a individualização das sanções. 3. Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação. Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa. 4. Correta a imputação da pena de perda de direitos políticos, a teor do art. 12, III da Lei 8.429/92. 5. Recursos especiais improvidos. (STJ - REsp: 287728 SP 2000/0118835-6, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 02/09/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29/11/2004 p. 272 REPDJ 17/12/2004 p. 473 RSTJ vol. 193 p. 254)

individuais que permeiam o direito punitivo. O estabelecimento de ato de improbidade sem a consideração do elemento subjetivo ou da culpabilidade do agente implicaria, pois, em grave atentado à dignidade do cidadão.

Na verdade, ainda que a improbidade não tenha conteúdo penal, tais esferas podem interagir, ainda mais quando o cidadão está sujeito a severas sanções sem que conte com o forte aparato protetivo dos instrumentos garantistas do direito penal (CAPEZ, 2010, p. 219). Nesse sentido, segundo Rafael Munhoz de Mello o princípio da proporcionalidade veda que sejam impostas sanções excessivas e desproporcionais, assim “é arbitrária a sanção aplicada sem consideração às peculiaridades do caso concreto, essenciais à definição da intensidade da medida sancionadora a ser aplicada” (DE MELLO, 2007, p. 174).

Vale destacar que, para a responsabilização por ato de improbidade, não basta o nexo causal entre o ato cometido e o resultado obtido. Nesse sentido, a mera voluntariedade, adotada por alguns autores no campo do direito administrativo sancionador, não cabe às disposições da Lei de Improbidade. Assim bem ressaltou Vivian Maria Pereira Ferreira, declarando que a admissão da mera voluntariedade implicaria em responsabilização objetiva: “De fato, se toda ação humana é orientada a determinados fins, ao excluir a análise da finalidade da ação, a tese da voluntariedade termina por admitir a responsabilização objetiva do agente público” (FERREIRA, 2019, p. 10).

De fato, deve a responsabilização por ato de improbidade administrativa ser subjetiva, o que encontra fundamento no princípio da culpabilidade, segundo o qual necessariamente deve haver uma valoração do querer ativo do agente, tendo em vista que este somente deve responder pelos resultados aos quais deu causa. Desse modo, seguindo a linha que a doutrina penal vem propugnando⁸⁵, é possível avaliar que aquilo que se entende por princípio da culpabilidade implica, também no campo da improbidade administrativa⁸⁶, em **duas exigências** para que o ato das pessoas físicas seja caracterizado como ímprobo, que devem ser analisadas separadamente, em dois níveis distintos: (i) no plano da tipicidade, há a necessidade de elemento subjetivo (dolo ou culpa *stricto sensu*) vinculado à prática do ilícito;

85 Ver ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, pp. 522-523.

86 Conforme destaca Fábio Medina Osório (2007, p. 240): "Essa responsabilidade subjetiva envolve também a possibilidade de que se conheçam causas que excluam a culpabilidade administrativa, além da exclusão de tipos por falta de dolo ou culpa ou da própria ilicitude".

e (ii) no plano da culpabilidade⁸⁷, há a necessidade de que a conduta seja reprovável no caso específico do agente.

Porém, a Lei de Improbidade foi pouco clara a respeito do elemento subjetivo e da culpabilidade de uma forma geral. Nela não há qualquer indicação que chegue perto de revelar os parâmetros subjetivos que autorizam a reprovabilidade de determinado ato ímprobo nem mesmo eventuais hipóteses de excludentes de culpabilidade. Ademais, os artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade são praticamente silentes a respeito do elemento subjetivo, não sendo possível extrair da letra expressa da lei se condutas dolosas, culposas, ou ambas, podem constituir atos de improbidade. Mesmo o art. 10 da Lei, no qual há referência expressa a “*condutas dolosas ou culposas*”, não deixa transparecer com exatidão a devida medida da responsabilidade.

Nesse passo, a absoluta falta de previsão legal em relação à culpabilidade (reprovabilidade) e a pouca previsão legal a respeito do elemento subjetivo (dolo e culpa) atribuíram à doutrina e à jurisprudência a árdua tarefa de solucionar o problema, o que é muitas vezes feito sem consenso ou de maneira oscilante. Além disso, geraram-se muitas vezes conceituações e exposições teóricas divergentes, conforme será visto a seguir.

Sem pretensão de esgotar o tema ou colocar um ponto final na discussão, o presente trabalho intenta chamar a atenção para pontos relevantes e para as dificuldades a respeito da matéria.

3.1.1 A exigência de culpabilidade – reprovabilidade da conduta

Como visto no capítulo anterior, o direito penal adotou a *teoria normativa pura*, segundo a qual estuda-se, no plano da culpabilidade, a reprovabilidade da conduta, enquanto dolo e culpa são estudados no plano da tipicidade.

A responsabilização por ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429/1992, igualmente subjetiva, assemelha-se em muitos aspectos à responsabilização penal, principalmente por seu caráter repressivo. Funda-se, desse modo, nas mesmas garantias legais direcionadas à

⁸⁷ Necessário distinguir, portanto, a *culpabilidade como princípio do direito* da *culpabilidade como elemento estrutural do ilícito*. A *culpabilidade como princípio* reúne os aspectos limitadores do *jus puniendi* estatal, é dela que decorre a responsabilidade subjetiva. A *culpabilidade como elemento do ilícito*, por seu turno, é uma das facetas do princípio da culpabilidade, constituindo o juízo de reprovação ou censura que recai sobre a conduta (no direito penal, culpabilidade passa a corresponder um puro juízo de valor, ou seja, tem característica normativa, tendo como elementos (i) a imputabilidade, (ii) a potencial consciência da ilicitude e (iii) a exigibilidade de conduta diversa).

proteção dos direitos da pessoa humana, o que inclui o direito do cidadão de responder apenas pelos resultados aos quais deu causa.

Verifica-se, porém, que não há um aprofundamento, na maioria dos estudos sobre improbidade, a respeito da devida e clara distinção entre os institutos da culpabilidade (enquanto reprovabilidade) e do elemento subjetivo (enquanto dolo e culpa). Com efeito, os estudos sobre a improbidade administrativa costumam abordar temas de elemento subjetivo e de culpabilidade em conjunto.

A doutrina usualmente entende que a responsabilização por ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/1992 deve ter base na responsabilidade subjetiva, no entanto, frequentemente refere-se a “elemento subjetivo” (enquanto um dos elementos do ato de improbidade administrativa) como conceito que abarcaria ao mesmo tempo o “dolo e a culpa” bem como a avaliação da “má-fé ou boa-fé” do agente.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, afirma que é preciso “verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto” (DI PIETRO, 2019, p. 1040).

Na mesma linha, Silvio Roberto Oliveira de Amorim Júnior também leciona: “será necessário avaliar se foi praticada de maneira dolosa ou, ao menos, culposa (no caso do art. 10 da LGIA) e, por via de consequência, se o administrador público agiu com boa ou má-fé” (AMORIM JÚNIOR, 2018, p. 120).

O que se verifica, em verdade, é que a falta de distinção doutrinária entre os aspectos do elemento subjetivo (dolo ou culpa) e da culpabilidade (reprovabilidade), combinada com a absoluta falta de previsão legal das questões relativas à culpabilidade (reprovabilidade), traz problemas de ordem teórica e prática.

A primeira questão, de ordem teórica, é a formulação da teoria da “má-fé” enquanto elemento da improbidade administrativa, como mencionado acima. Essa linha de pensamento, que adota o conceito de elemento subjetivo (dolo e culpa) acompanhado das noções de má-fé, revela-se problemática para representar um “elemento geral” de caracterização do ato de improbidade, pois (i) a má-fé pressupõe um atuar doloso, ficando a eventual conduta culposa, nos termos do art. 10, sem guarida; (ii) é perfeitamente possível que um ato praticado com absoluta boa-fé justifique a incidência da Lei nº 8.429/1992⁸⁸; e (iii) mesmo condutas

⁸⁸ Isso pois mesmo atos praticados com boa-fé podem ser reprováveis. Emerson Garcia (2012, p. 62) destaca o seguinte exemplo: “Basta se pensar na hipótese de um Prefeito Municipal que, descumprindo voluntariamente a legislação de regência, destine recursos afetos à educação para a construção, na única praça pública existente na localidade, de um monumento em prol da família, o que leva à extinção da referida área de lazer. Nesse exemplo, apesar de o Chefe do Executivo ter atuado dolosamente, era evidente a sua boa-fé, sendo direcionado pelo nobre objetivo de exortar a importância da família. No entanto, mesmo,

praticadas mediante dolo e má-fé podem ter a sua culpabilidade excluída em determinados casos, conforme algumas hipóteses extraídas do direito penal⁸⁹. Não se pode, desse modo, procurar emplacar a má-fé como uma substituta da reprovabilidade, mas deve-se desenvolver os aspectos próprios desta última, que são independentes do elemento subjetivo.

Os posicionamentos que unem elemento subjetivo e má-fé, desse modo, padecem de imprecisões teóricas. De acordo com referidas posições, verifica-se que no *iter* de caracterização do ato como de improbidade procura-se simultaneamente a presença tanto do elemento subjetivo quanto da má-fé. Ocorre que má-fé é assunto muito mais ligado à aferição da reprovabilidade, ou não, de determinada conduta, o que poderá eventualmente justificar, ou não, a incidência do sistema sancionador veiculado pela Lei nº 8.429/1992.

Emerson Garcia, nesse sentido, brilhantemente percebeu a problemática trazida pela doutrina que liga o elemento subjetivo à má-fé. Segundo o autor, a má-fé não deve ser analisada sob a perspectiva do elemento subjetivo do ato de improbidade, “mas sim como um dos aspectos pessoais e circunstanciais que delineiam o critério de proporcionalidade” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 435). O elemento subjetivo do agente, desse modo, fica formalmente delineado **antes** de qualquer consideração a respeito da boa ou má-fé do agente.

Ademais, mesmo passando-se ao campo da reprovabilidade da conduta, a consideração da boa ou má-fé revela-se prescindível, sendo esta, segundo Emerson Garcia (2017, p. 435), apenas um fator contributivo para a aferição de reprovabilidade. Ademais, o mesmo autor, em artigo sobre o tema, intitulado *A Relevância da Má-fé no Delineamento da Improbidade Administrativa*, destacou que

Outra constatação é que a má-fé, por consubstanciar um juízo valorativo negativo e, portanto, reprovável, vinculando o agente ao resultado de sua conduta, **somente se compatibiliza com o atuar doloso**. Em outras palavras, tratando-se de ato de improbidade culposos, tal qual previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, a aferição da reprovabilidade de sua conduta **deverá considerar elementos outros que não a má-fé**, isso porque a culpa reflete o mero descumprimento do dever de cuidado, não uma conduta direcionada à inobservância dos standards de correção jurídico-moral sedimentados no ambiente social (GARCIA, 2012, p. 54 – grifos nossos).

assim, estará caracterizado o ato de improbidade. E isso pelas seguintes razões; (1) foi maculada a juridicidade; (2) foi comprometido o atendimento do direito à educação; (3) a receita disponível foi integralmente direcionada a um fim que, embora de interesse público, não ostentava igual importância para a coletividade; (4) é evidente o dano causado à coletividade, que se viu privada do serviço de educação e ainda perdeu a área de lazer; e (5) a área de lazer precisará ser recomposta, o que, à míngua de outra área específica, causará prejuízo financeiro à Administração Pública em decorrência da demolição do monumento.”

89 É o caso, por exemplo, de terceiro inimputável que comete o ato de improbidade em conjunto com o servidor público. Ou também o caso de coação irresistível.

Nessa linha, apesar da contribuição da má-fé para uma valoração negativa da conduta, entende-se impreciso o raciocínio que a coloca sob a perspectiva de elemento do ato de improbidade e, mais ainda, aquele que não a dissocia do estudo do elemento subjetivo.

A segunda questão, de ordem prática, é justamente a insegurança jurídica trazida pela falta de previsão legal específica sobre eventuais hipóteses de reprovabilidade ou mesmo de excludentes de culpabilidade próprias da improbidade administrativa, sem que a doutrina tenha formulado grandes observações sobre o assunto.

José Roberto Pimenta Oliveira já em 2009 também percebeu problemática na falta do tratamento apropriado e específico da culpabilidade (enquanto reprovabilidade): “No campo da improbidade administrativa, coloca-se o mesmo desafio, a fim de explicitar o que de singular surge no tratamento da culpabilidade a ser exigida daqueles cujas condutas são enquadradas no sistema previsto no artigo 37, § 4º da Constituição Federal” (OLIVEIRA, 2009, p. 216).

Embora seja possível aplicar analogamente alguns dos institutos de direito penal que se referem às excludentes de culpabilidade, o que eventualmente se encontra na doutrina é uma discussão poliforme e inespecífica a respeito da aceitação das excludentes de culpabilidade penal (inimputabilidade, potencial consciência sobre ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa) no âmbito da improbidade, sem a profundidade no sentido de adequar essas hipóteses aos contornos específicos da improbidade administrativa por meio de uma teoria própria⁹⁰.

Sendo subjetiva a responsabilidade por ato de improbidade, as excludentes de culpabilidade configuram um assunto de extrema relevância, que deveria ser abordado com muito mais frequência. Coube aos tribunais solucionar a matéria, o que no entanto vem sendo feito com base nos institutos emprestados do direito penal⁹¹ ou com base na já aludida “má-

90 Calil Simão, por exemplo, é um dos que discorrem, ainda que brevemente, sobre o assunto, tratando tanto das excludentes de ilicitude quanto das de culpabilidade (2019, pp. 337-340). José Roberto Pimenta Oliveira também discute brevemente a incidência de causas excludentes de culpabilidade (2009, pp. 287-289).

91 Veja, por exemplo, recente julgado do STJ que reformou o acórdão de 2ª instância no qual mesmo tratando-se de inimputável, houve condenação ao ressarcimento do dano. Observe-se, ainda, que mesmo no STJ a matéria é tratada mediante confusão entre elemento subjetivo e culpabilidade: “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. RÉU. QUADRO CLÍNICO. DISCERNIMENTO PARA COMPREENSÃO DA ILICITUDE. AUSÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser imprescindível à configuração do ato de improbidade tipificado no art. 9º da Lei n. 8.429/1992 a existência de elemento subjetivo doloso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido violou o art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que foi imposto o ressarcimento com arrimo na Lei n. 8.429/1992, mesmo levando em consideração que, ao tempo dos fatos que ensejaram o ajuizamento da presente actio e de acordo com o exame acerca do quadro clínico, o recorrente não tinha discernimento para entender o caráter ilícito da sua conduta, sendo certo que o dolo, como já dito, é indispensável à configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no dispositivo antes mencionado, acrescentando-se que, na seara penal, o demandado foi absolvido em virtude da sua inimputabilidade. 3. O

fé”. Isso gera problemas pois, naturalmente, alguns institutos não podem ser emprestados a esmo do direito penal⁹², e também pelo fato de que a má-fé revelou-se um conceito equivocado para configurar “elemento” do ato de improbidade.

Sem prejuízo, destacou Emerson Garcia (2012, p. 62), que a má-fé não é o “epicentro estrutural do ato de improbidade administrativa”, mas, tão somente, “um dos fatores a serem levados em consideração para a aplicação da Lei nº 8.429/1992”.

Disso, entende-se que tratar reprovabilidade e elemento subjetivo em conjunto é ilógico pelo simples fato de que representam planos distintos de aferição de responsabilidade subjetiva. Os atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/1992, com efeito, expõem condutas finais⁹³ que são caracterizadas como ilícitas. O mais lógico, nesse sentido, seria trilhar o mesmo caminho que a teoria do direito penal seguiu, separando o estudo do dolo e culpa da culpabilidade, ficando esta última apenas com os aspectos relativos ao juízo de reprovabilidade da conduta.

De fato, os elementos da culpabilidade, como previsto no direito penal, apesar de serem em grande medida aplicados na esfera da improbidade administrativa, raramente são objeto de discussão doutrinária aprofundada no âmbito da improbidade. O presente trabalho não é ambicioso ao ponto de procurar formular uma teoria própria da culpabilidade na improbidade administrativa, tema que sozinho ensejaria discussão suficiente para uma dissertação própria. No entanto, cabe chamar a atenção para os já mencionados problemas verificados.

Percebe-se, assim, que o sistema autônomo de improbidade carece de uma teoria própria da culpabilidade (enquanto reprovabilidade), o que somente poderá começar a ser realizado a partir da separação do estudo da reprovabilidade do elemento subjetivo,

ressarcimento ao erário pretendido pela CAIXA tem como causa de pedir a ocorrência de um ato de improbidade administrativa, incorrente na hipótese, à míngua do elemento subjetivo. 4. Recurso especial provido.” (STJ - REsp: 1634627 RS 2016/0281483-1, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 06/10/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2020)

92 Como exemplo, a exclusão da culpabilidade por ausência do elemento “potencial de consciência sobre a ilicitude do fato”, o denominado “erro de proibição” revela-se problemática – nesse aspecto o erro de proibição representa a falta invencível de conhecimento a respeito da ilicitude do fato que excluiria a culpabilidade do agente. Na improbidade administrativa, no entanto, tratando-se de fato cometido por servidor público, há frequentemente o dever específico de conhecer as normas atinentes ao serviço, não podendo o agente beneficiar-se de sua própria torpeza.

93 Na teoria finalista da ação, como já afirmado, a ação é como uma atividade humana consciente dirigida a um fim. As normas, assim, podem determinar ou vedar uma conduta final, ou seja, uma conduta dirigida a uma finalidade. Se a conduta é uma atividade final e o tipo descreve condutas, logo o tipo descreve atividades finais. A finalidade, assim, está situada no campo do tipo, compondo-o como elemento subjetivo, conseqüentemente, o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade e passam a integrar o tipo na estrutura do delito. A culpabilidade, assim, é um juízo de censura pela realização do ilícito.

abandonando-se a noção de má-fé como “elemento subjetivo” sistêmico de caracterização do ato como ímprobo⁹⁴.

3.1.2 A exigência de elemento subjetivo – dolo e culpa

Alinhando-se à corrente que entende ser subjetiva a responsabilização por ato de improbidade previsto na LGIA, há que se falar, no plano do elemento subjetivo, sobre a prática da conduta ímproba mediante dolo ou culpa, questão que ainda gera intensa discussão na doutrina e jurisprudência.

A Lei de Improbidade prevê essencialmente quatro espécies distintas de ato de improbidade, os que ensejam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam dano ao Erário (art. 10), os que concedem benefício tributário indevido (art. 10-A) e os que ofendem princípios da Administração (art. 11). Dos atos de improbidade previstos, somente o art. 10, que trata dos atos que causam lesão ao Erário, dispõe expressamente que tal modalidade de improbidade administrativa é aplicável tanto às condutas dolosas quanto às culposas, o que não acontece, no entanto, com as modalidades dos artigos 9º e 11.

A falta de previsão do elemento subjetivo nos artigos 9º e 11 traz à tona diversos problemas. Intencional ou não, esta ausência de previsão acerca do elemento subjetivo trouxe inúmeros questionamentos, que tem sido resolvidos em maior ou menor medida pela doutrina e jurisprudência. Ademais, mesmo a previsão expressa do dolo e da culpa no caso do art. 10 também foi frequentemente objeto de intensa discussão.

A primeira questão que se coloca, é se o tipo subjetivo é um elemento essencial na estrutura do ato de improbidade administrativa ou se, ao revés, dolo e culpa são prescindíveis para a configuração da tipicidade da conduta.

Ademais, diante da falta de previsão legal adequada, houve desde a entrada em vigor da Lei nº 8.429/1992 grande controvérsia na doutrina sobre a suficiência da culpa ou a necessidade da demonstração de dolo para a responsabilização por ato de improbidade. Houve controvérsia, assim, a respeito de quais hipóteses de improbidade administrativa comportam condutas dolosas, culposas ou ambas.

94 José Roberto Pimenta Oliveira igualmente entende viável o abandono da má-fé para efeitos de improbidade administrativa, no entanto, afirma que o conceito está sedimentado, cabendo manejá-lo com cuidado. Veja: “Dada a equivocidade do conceito de má-fé quanto à identificação do elemento subjetivo da conduta, derivada da sua abertura semântica, poder-se-ia propugnar pelo seu abandono, no plano da punição da improbidade, mas a utilização do rótulo já está sedimentada, cumprindo manejá-lo com a atenção voltada para que aspecto da conduta ímproba se faz referência.” (OLIVEIRA, 2009, p. 278)

Sem prejuízo, verificou-se problemas práticos advindos da aplicação da LHIA que ensejam uma reflexão acerca do próprio conceito de dolo e de culpa a ser utilizado, tendo em vista as categorias advindas do direito penal, como *dolo direto*, *dolo indireto*, *dolo genérico*, *dolo específico*, *culpa consciente*, *culpa inconsciente*, entre outros, e até mesmo as categorias admitidas no direito civil como *culpa grave*, *culpa leve* e *culpa levíssima*.

Não obstante, vale destacar, ainda, que a Lei nº 8.429/1992 não menciona, expressamente, qual sanção deve ser dada a ato doloso e qual sanção deve ser dada ao ato culposo no caso do art. 10. Ambos os atos recebem o mesmo tratamento do legislador, que no art. 12 impõe sérias sanções, sem distinguir, no entanto, em que medida devem ser aplicadas.

O entendimento a respeito das mencionadas questões, durante certo tempo, também oscilou nos tribunais, chegando-se atualmente à premissa de que é necessário o dolo genérico no caso dos artigos 9º e 11, e, excepcionalmente, admite-se a culpa grave no art. 10⁹⁵. No entanto, ainda que tal entendimento seja amplamente aplicado, cabe uma reflexão acerca da solução trazida pelo STJ.

É necessário destacar, ainda, que tais problemas da LGIA relativos ao elemento subjetivo são algumas das razões pelas quais tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 10.887, de 2018, apresentado pelo Deputado Federal Roberto de Lucena, que pretende alterar a Lei nº 8.429/1992. Destaca-se, naquilo que importa ao presente estudo, que o PL pretende, de acordo com a última versão do PL substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Relator em 21/10/2020⁹⁶: (i) revogar o tipo atualmente previsto no art. 11 da LGIA; (ii) exigir dolo específico como elemento do ato de improbidade administrativa; e (iii) revogar a modalidade culposa na categoria de atos de improbidade que causam prejuízos ao Erário. Tais pontos serão abordados em específico mais adiante.

Nesse sentido, vale destacar separadamente (i) o entendimento da doutrina acerca do elemento subjetivo e (ii) o entendimento do STJ acerca do elemento subjetivo, para, em seguida, aprofundar-se na questão (iii) do elemento subjetivo em cada um dos tipos da Lei de

95 Veja o entendimento expresso na tese jurisprudencial nº 11 da edição nº 40, de 2 de setembro de 2015 do STJ: “O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico”. E também o expresso na tese nº 1 da edição nº 38, de 5 de agosto de 2015: “É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário”.

96 A tramitação do Projeto de Lei pode ser acompanhada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em 27 nov. 2020.

Improbidade, sendo importante destacar, ainda, (iv) as alterações da LINDB que influenciam na responsabilização dos agentes públicos, conforme será feito a seguir.

3.1.2.1 Interpretação doutrinária acerca do elemento subjetivo

A doutrina majoritária, como visto, entende que a responsabilização de agente público por ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/1992 é subjetiva, fazendo-se imprescindível a consideração do elemento subjetivo.

A doutrina, nesse sentido, tem propugnado algumas soluções para os já mencionados problemas do elemento subjetivo, haja vista a pouca previsão sobre o assunto na Lei de Improbidade.

Fábio Medina Osório (2018, p. 254) entende que a responsabilização por improbidade é indissociável da avaliação acerca do elemento subjetivo. Nesse sentido, entende que, apesar do silêncio da lei, exige-se dolo ou culpa grave para a responsabilização:

não se pode dissociar o ato ímprobo do processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente. **A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente a improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto** (OSÓRIO, 2018, p. 254 – grifos nossos).

Segundo Emerson Garcia, exige-se o dolo do agente nas hipóteses do art. 9º, 10-A e 11, admitindo-se o dolo ou a culpa no caso do art. 10:

constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º, 10-A e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar improbidade (GRACIA; ALVES, 2017, pp. 430-433).

Emerson Garcia (2012, p. 54) destaca, ainda, que seriam dois os fatores pelos quais os artigos 9º e 11 não admitem a culpa: (i) a reprovabilidade da conduta somente poderia ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe previsão legal, o que se encontra ausente nas hipóteses dos artigos 9º e 11; e (ii) existe um fator lógico-sistemático de exclusão, pois, tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que intenção do legislador é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos também ressalta ser viável a responsabilização por culpa na modalidade do art. 10 da Lei de Improbidade:

Conduta dolosa ou culposa do agente, capaz de tipificar ato de improbidade, narrado no artigo 10, é aquela que não exige apenas uma vontade livre e consciente em se realizar quaisquer condutas descritas, responsabilizando-se também aquele que viola a prudência, tornando-se imprudente e negligente com a coisa pública, lesando, via de consequência, o erário (DE MATTOS, 2005, p. 248).

Irene Nohara, por seu turno, acredita que a responsabilização por improbidade requer um grau mais acentuado de culpa: “Normalmente, parte-se da premissa de que para ser ímprobo o agente deve ter algum tipo de dolo ou no mínimo um grau acentuado de culpa” (NOHARA, 2013, p. 881). Também no segmento que entende necessário grau acentuado de culpa, encontra-se Sérgio Monteiro Medeiros, segundo o qual o ato culposos, quando verdadeiramente grave, decorrente de erro rude, sem escusa, ofende as regras da boa administração, em afronta aos princípios da eficiência e da moralidade administrativa, merecendo ser sancionado (MEDEIROS, 2003, p. 43).

Arnaldo Rizzardo (2009, p. 504), nesse sentido, entende que a responsabilização na modalidade dolo é o parâmetro essencial que caracteriza o ato ímprobo, sendo a culpa grave admitida em caso excepcionalíssimo, apenas na hipótese do art. 10, inciso X, da Lei de Improbidade.

Há, no entanto, quem considere a improbidade administrativa por culpa como desarrazoada ou até mesmo inconstitucional, nada obstante a previsão expressa do art. 10. Marcelo Figueiredo, por exemplo, considera que “o legislador infraconstitucional levou longe demais o ato permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a constituição” (FIGUEIREDO, 2009, p. 97).

Em síntese, diante dos entendimentos destacados e do quanto exposto no presente trabalho, afigura-se arrazoado entender, por ora, que elemento subjetivo (dolo ou culpa) é imprescindível para a configuração da tipicidade da conduta ímproba. Do contrário, admitir-se-ia a responsabilidade objetiva, que, como visto, é rejeitada no âmbito da improbidade administrativa. Vale afirmar que elemento subjetivo (dolo e culpa), antes de ser uma condição para aplicação de sanção, é elemento imprescindível para a tipicidade da conduta ímproba, ou seja, são elementos do tipo de improbidade.

É importante destacar, ainda, o posicionamento de José Roberto Pimenta Oliveira, segundo o qual o “elemento subjetivo de tipo punitivo não se presume”. Não há, pois, que se presumir se a norma tem caráter doloso ou culposos de responsabilização, o que há é a tipificação efetiva de condutas dolosas ou culposas, sem espaço para interpretações extensivas

(OLIVEIRA, 2009, p. 277). Nesse sentido, o autor entende que a LGIA, mesmo silente nos artigos 9º e 11 a respeito do elemento subjetivo, tem nestes artigos redação que suficientemente impõe o dolo como elemento subjetivo necessário (OLIVEIRA, 2009, pp. 272-277). Ademais, a decisão político-legislativa que centralizou a culpa no art. 10 não tem como ser descumprida de modo a estender a figura culposa a hipóteses não previstas, com alegação de suposta falha do legislador (OLIVEIRA, 2009, p. 278).

A respeito da possibilidade admissão da improbidade administrativa na modalidade culpa ou da necessidade de dolo para sua caracterização, cabe uma análise pormenorizada em relação a cada um dos tipos previstos na lei, o que será realizado mais à frente, destacando-se nos casos específicos dos artigos 9º, 10, 10-A e 11 os posicionamentos respectivos acerca do elemento subjetivo em cada espécie.

3.1.2.2 Interpretação jurisprudencial acerca do elemento subjetivo

Considera-se sedimentado na jurisprudência do STJ aceitar apenas a responsabilidade subjetiva por ato de improbidade, admitindo-se dolo ou culpa (somente em seu grau “grave”) apenas na hipótese do art. 10 da Lei de Improbidade, que traz previsão expressa nesse sentido, e exigindo-se a comprovação do dolo nos artigos 9º e 11, sendo o dolo genérico aquele que caracteriza os atos de improbidade.

Até que se chegasse ao referido entendimento, no entanto, houve grande controvérsia e oscilação no STJ. Os debates jurisprudenciais, desse modo, passaram por três planos diferentes: (i) discussão acerca da admissão de responsabilidade subjetiva ou objetiva; (ii) discussão acerca de qual elemento subjetivo (dolo ou culpa) seria admissível em qual hipótese de improbidade; e (iii) discussão acerca da definição das características do elemento subjetivo a ser demonstrado.

Inicialmente, entendia uma parcela dos Ministros do STJ (2ª Turma) possível a responsabilização objetiva do agente público nos termos da Lei de Improbidade⁹⁷.

97 Conforme o já mencionado entendimento do Resp 287.728/SP (data de julgamento: 02/09/2004): Ementa do julgado: ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE - LICITAÇÃO - IRREGULARIDADE - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO SEM OBSERVÂNCIA DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS PERTINENTES - LEI 8.429/92 - IMPOSIÇÃO DE PENA 1. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 2. Não havendo diferença no procedimento dos réus partícipes dos atos de improbidade, desnecessária a individualização das sanções. 3. Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação. **Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa.** 4. Correta a imputação da pena de perda de direitos políticos, a teor do art. 12, III da Lei 8.429/92. 5. Recursos especiais improvidos. (STJ - REsp: 287728 SP 2000/0118835-6, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 02/09/2004, T2 - SEGUNDA

O ponto de virada no entendimento do STJ, de acordo com Vivian Maria Pereira Ferreira, ocorreu em 2010 no julgamento do Resp nº 765.212/AC⁹⁸, no qual, segundo a autora, foi superada a tese da voluntariedade da conduta, tendo os ministros entendido ser impossível a incidência das sanções previstas na Lei de Improbidade sem que se fale na vontade do agente de cometer o ato ilícito (FERREIRA, 2019, p. 8). Veja a ementa do julgado:

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

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

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

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

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

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

6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a

TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29/11/2004 p. 272 REPDJ 17/12/2004 p. 473 RSTJ vol. 193 p. 254). (grifos nossos).

98 STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02 mar. 2010, DJe: 23/06/2010.

imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.

8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ.

9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.

10. Recurso Especial parcialmente provido.

(STJ - REsp: 765212 AC 2005/0108650-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2010)

Assim o tribunal passou a debater qual seria o elemento subjetivo necessário à configuração do ato ímprobo.

A este respeito, discutiu-se a possibilidade, ou não, de responsabilização pela modalidade culposa nos casos enquadrados nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade, o que também gerou entendimentos divergentes. De um lado, a corrente que entendia que o silêncio legislativo não exclui a responsabilidade por culpa pois a Lei de improbidade não reprovava apenas o agente desonesto, que age com má-fé, mas também aquele que deixa de agir de forma diligente no desempenho da função, punindo a grave negligência, a inabilitação para o serviço público e os erros intoleráveis. De outro, a corrente que revelou-se dominante, segundo a qual seria impossível a configuração de ato de improbidade administrativa na modalidade culposa (à exceção do art. 10), por entender que a lei alcança apenas o administrador desonesto, não o inábil (FERREIRA, 2019, p. 8-12)⁹⁹.

Nesse sentido, passou-se a entender que para uma conduta ser caracterizada como ato de improbidade administrativa que implica enriquecimento ilícito (art. 9º), ou que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11), é necessária a demonstração de que

⁹⁹ Nesse aspecto, Vivian Maria Pereira Ferreira bem destacou que a divergência entre os ministros do STJ se fundamentava, em última análise, “em uma discordância essencial acerca do que a LGIA representa, dos seus objetivos, fundamentos e alcance” (2019, p. 12).

houve o dolo por parte do agente, capaz de concretizar as características objetivas do tipo, e ao menos de culpa, somente no caso do art 10. Tal entendimento foi exposto na seguinte tese jurisprudencial do STJ:

É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário¹⁰⁰.

Em seguida, debate-se a definição das características do elemento subjetivo a ser demonstrado, necessário à configuração do ato ímprobo.

A jurisprudência do STJ, como visto na ementa do Resp nº 765.212/AC, consolidou-se no sentido de que é necessária a demonstração do **dolo genérico** para que seja reconhecida a tipificação da conduta do agente como incurso no art. 11 da Lei de Improbidade¹⁰¹. O Superior Tribunal de Justiça, assim, tem farta jurisprudência no sentido de que o ato de improbidade administrativa não exige dolo específico para a sua configuração, pois seria suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico. Contudo, o conteúdo dos julgados é normalmente generalista e se faz com contornos imprecisos sobre o que seria o conteúdo

100 Entendimento retirado da publicação periódica Jurisprudência em Teses: tese nº 1 da edição nº 38, de 5 de agosto de 2015.: Precedentes: AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015; AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 04/05/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 22/04/2015; REsp 1478274/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 31/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 09/12/2014; REsp 1237583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 02/09/2014. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 540)

101 Tal posicionamento do tribunal foi reforçado recentemente no julgamento do AgInt no REsp nº 1.784.729/SP (Data de Julgamento: 15/09/2020):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS. CONDUTA ÍMPROBA CARACTERIZADA. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INEXIGIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. DOLO GENÉRICO. PRESENÇA DE ELEMENTO SUBJETIVO. [...] 7. **O STJ firmou o entendimento de que o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.** Precedentes: AgInt no AgRg no AREsp 839.68/SE, Rel. Min. Assuete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24.4.2020; AREsp 1.538.080/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, 17.3.2020; AgInt no REsp 1.711.374/RJ, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.6.2018; REsp 1.826.379/PB, Relator Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 24.9.2019. REsp 1.231.402/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 2.2.2015. 8. Agravo Interno não provido.

(STJ - AgInt no REsp: 1784729 SP 2018/0293075-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/09/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2020) (grifos nossos).

material deste dolo genérico, que estaria fundado na simples deliberação de descumprir o dever legal¹⁰².

Ainda, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a excepcional responsabilidade culposa do agente, nos termos do art. 10 da LGIA, dar-se-á somente sob o signo da **culpa grave**. No entanto, a solução da culpa grave pelo STJ, como se vê acima, não tem contornos muito bem delimitados, estando a posição do tribunal sustentada, em grande parte, simplesmente no argumento da impossibilidade de confundir a improbidade com mera ilegalidade¹⁰³.

3.1.2.3 Elemento subjetivo nos tipos da Lei de Improbidade

É razoável inferir, ante o exposto, que a responsabilização por ato de improbidade deve levar em conta o caráter específico da conduta praticada pelo agente, sendo necessário avaliar se agiu com dolo ou ao menos com culpa.

Pela natureza sancionatória da improbidade, entende-se necessária a demonstração do elemento subjetivo. Costuma-se, majoritariamente, afirmar que a prática dos atos de improbidade é necessariamente dolosa (nos casos dos artigos 9º e 11) e, excepcionalmente, culposa (apenas no caso do art. 10), sendo necessário um grau elevado de culpa para a responsabilização.

102 Destaca-se nesse sentido o importante julgamento do Resp nº 1.231.402/MG, no qual o Ministro Relator, em seu voto que fundamenta o referido julgado, ressalta ser o dolo genérico decorrente do deliberado descumprimento do dever legal: “Não se exige, porém, intenção específica para a configuração de improbidade, e sim o dolo genérico decorrente do descumprimento deliberado de dever legal”. Ementa: ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOLO GENÉRICO. LESÃO A PRINCÍPIOS. LICITAÇÃO - CONVITE. COINCIDÊNCIA DE PROPRIETÁRIOS DAS EMPRESAS. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. [...] 3. **A configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) exige comprovação de dolo genérico.** [...] (STJ - REsp: 1231402 MG 2011/0005054-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 19/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2015) (grifos nossos).

103 Sobre o assunto, veja importante entendimento do STJ sobre a matéria: AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE. [...] 2. **Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.** Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, **ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.** [...] (STJ - AIA: 30 AM 2010/0157996-6, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 21/09/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 28/09/2011). (grifos nossos).

Há, no entanto, uma grande margem para discussão aprofundada acerca do assunto, especialmente em relação às modalidades de dolo e culpa advindas da teoria do direito penal. A seguir, será abordado, de forma discriminada, o elemento subjetivo em cada um dos ilícitos de improbidade, previstos na Lei nº 8.429/1992 nos artigos 9º, 10, 10-A e 11.

3.1.2.3.1 Artigo 9º

No *caput* do art. 9º, deixou o legislador de mencionar qualquer elemento subjetivo para configuração do ato de improbidade administrativa nele previsto.

Quando analisado o tipo descrito no art. 9º da Lei de Improbidade, a doutrina majoritária acredita que a conduta não é compatível com a responsabilização na modalidade culpa (*stricto sensu*). Destaca-se, nesse sentido, o entendimento de Pazzaglini Filho (2015, p. 61):

É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuricidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício da atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. **Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata.** (grifos meus).

Ainda, ressalta Marcelo Figueiredo que “as modalidades de improbidade contidas no artigo 9º e seus incisos, segundo acreditamos [...], somente podem ser consideradas em sua feição dolosa. A forma culposa não é possível” (FIGUEIREDO, 2009, p. 78).

Nessa mesma linha, Rafael Carvalho Rezende Oliveira entende que o ato previsto no art. 9º da Lei de Improbidade depende necessariamente de dolo:

A caracterização do ato de improbidade que acarreta enriquecimento ilícito depende, necessariamente, da comprovação do dolo do agente público ou do particular (terceiro).

Vale dizer: a mera configuração de culpa não é suficiente para aplicação do art. 9.º da LGIA, revelando-se imprescindível a comprovação da intenção do agente ou do terceiro em obter vantagem patrimonial que sabem ser indevida. (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 88).

Emerson Garcia, no mesmo sentido, entende que o elemento volitivo do agente para caracterizar o ilícito “deve necessariamente se consubstanciar no dolo” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 378).

José Roberto Pimenta Oliveira, igualmente, entende que é o dolo o elemento subjetivo caracterizador do ilícito do art. 9º: “Desse modo, as condutas descritas no artigo 9º tipificam necessariamente condutas dolosas. Mesmo que estabelecesse previsão de conduta culposa,

seria o preceito, nesta hipótese criada, inconstitucional” (OLIVEIRA, 2009, p. 275). Ressalta o autor, entretanto, que a **circunstância** prevista pelo art. 9º enseja responsabilização culposa “na conduta de outro servidor que permite, facilita ou concorre para o enriquecimento, quando houver concomitante agressão ao erário (art. 10, XII)” (OLIVEIRA, 2009, p. 275). Ou seja, aquele que concorre para que terceiro enriqueça ilicitamente, ainda que culposamente, responde por improbidade, **mas nos termos do art. 10, XII, da LGIA**.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por seu turno, afasta a possibilidade de responsabilidade objetiva na Lei de Improbidade, porém, aduz que seria possível, no caso do art. 9º, a culpa presumida: “Quando muito, pode-se dizer que, em algumas hipóteses de atos de improbidade, em especial nos atos que causam enriquecimento ilícito, a culpa é presumida” (DI PIETRO, 2019, p. 1040).

Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p. 229), em análise do art. 9º da Lei de Improbidade, destaca a importância do elemento anímico, entendendo que a conduta exige o dolo do agente. Segundo a doutrina de Wallace Paiva Martins Júnior, no caso do art. 9º basta “apenas a prova de que a variação patrimonial é incompatível com a disponibilidade financeira” e que o agente “exerceu função pública” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 241). Em outras palavras, o ilícito do art. 9º ocorreria pelo simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda.

Monica Nicida Garcia, em interessante posicionamento sobre a matéria, aduz que há uma lacuna legislativa em não prever a conduta culposa no caso do art. 9º, mas que tal lacuna não causa prejuízo pois o enriquecimento ilícito, nos moldes legalmente previstos, somente comporta o dolo como elemento subjetivo. Veja:

Entretanto, quanto aos atos previstos no artigo 9º (que importam enriquecimento ilícito), a lacuna [falta de previsão expressa da modalidade culposa] não traz maiores prejuízos, já que dificilmente se poderia figurar uma hipótese em que um agente público enriqueça indevidamente, ilicitamente, por simples negligência, imperícia ou imprudência, ou seja, por culpa. **O dolo estará, à toda evidência, sempre presente** (GARCIA, 2004, p. 263 – grifos nossos).

Analisando-se as hipóteses previstas no *caput* e incisos do art. 9º e os posicionamentos doutrinários acerca da matéria entende-se possível afastar a modalidade culposa, pois não é plausível admitir a possibilidade de que o agente público venha a enriquecer ilicitamente, valendo-se do cargo, por imperícia, negligência ou imprudência.

No entanto, apesar do entendimento majoritário acerca da admissão apenas do dolo na hipótese do art. 9º, a doutrina raramente especifica quais modalidades de dolo são admitidas para efeitos de configuração do ato de improbidade. O STJ, como visto, entendeu que o dolo

aplicável é o genérico, ou seja, a vontade de realizar o fato descrito na lei¹⁰⁴. Alinhou-se, nesse sentido, ao entendimento de Waldo Fazzio Júnior, segundo o qual, pelo delineamento da conduta descrita no tipo do art. 9º, o **dolo específico não é exigido**:

Qualquer atuação suscetível de gerar enriquecimento ilícito pressupõe a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. A própria conduta delinea o dolo: o agente obtém vantagem que sabe indevida.

Nenhum ocupante de posição administrativa desconhece a proibição de se enriquecer mediante o desvirtuamento do exercício funcional ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. A consciência de antijuridicidade é manifesta (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 94).

Há, no entanto, quem se insurja contra a solução do “dolo genérico”, entendendo que implicaria em um retorno à responsabilidade objetiva¹⁰⁵. Ademais, vale ressaltar que a solução do “dolo genérico” costuma ignorar outras classificações relevantes, como as que envolvem (i) dolo direto (de primeiro grau e segundo grau); e (ii) dolo indireto (alternativo e eventual), que são em tese aplicáveis à esfera da improbidade administrativa.

Cabe, nesse sentido, uma reflexão acerca das espécies de dolo admitidas para fins de enquadramento no art. 9º da LGIA.

José Roberto Pimenta Oliveira bem destacou que o dolo surge como “vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra a vedação normativa” (OLIVEIRA, 2009, p. 273). No dolo, há um componente cognitivo e outro volitivo. O violador da conduta tipificada (proibida) ostenta conhecimento e deliberação na sua ação ilícita. O conhecimento revela consciência atual dos elementos típicos no momento da ação. A vontade está na representação ou previsão da ação ou omissão, do resultado e do nexos causal, quando descritos na figura típica (OLIVEIRA, 2009, p. 273).

104 Veja entendimento do STJ que entendeu ser aplicável o dolo genérico ao caso do art. 9º da LGIA:

ADMINISTRATIVO E SERVIDOR PÚBLICO. LEI Nº 8.429/92. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSELHEIRO TUTELAR. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE VEÍCULO E DE MOTORISTA OFICIAIS PARA FINS PARTICULARES. DOLO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO EVIDENCIADOS. REDIMENSIONAMENTO DAS SANÇÕES APLICADAS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, sobre o qual não há controvérsia, restou demonstrado o dolo do réu, no mínimo genérico, decorrente da reiterada utilização irregular de veículo e de motorista do Conselho Tutelar para o atendimento de interesses particulares, daí resultando inescapável enriquecimento ilícito.

2. Redimensionamento das sanções aplicadas, em atenção aos vetores hermenêuticos da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, unicamente para se decotar as penalidades impostas. (REsp 1186969/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. P/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 05/11/2013).

105 Segundo esta corrente, admitir o dolo genérico tornaria praticamente impossível de demonstrar que a conduta de agentes públicos – ou particulares que com eles se relacionam – não foi dolosa. Ver: BONELLI, JALES, 2020.

O dolo da improbidade, configura-se, assim, no caso do art. 9º, com a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, sendo desnecessário demonstrar uma intenção específica. Válido, portanto, o entendimento que admite o dolo genérico.

No entanto, apesar do entendimento do STJ acerca da admissão do dolo genérico (e a consequente desnecessidade do dolo específico) uma análise minuciosa dos incisos do art. 9º pode revelar um novo olhar sobre a matéria.

Embora concorde-se que o enriquecimento ilícito, a título geral, possa se dar mediante dolo genérico, entende-se que algumas descrições de conduta dos tipos previstos nos incisos do art. 9º revelam a deliberação de cometer a conduta ímproba com uma determinada destinação especial, indicando a finalidade última do agente (mediante o uso de expressões como “com o fim de”, “para” etc.).

É o que se vê nos casos dos incisos II, III, V, VI, IX e X¹⁰⁶. Para que o agente incorra nos atos destes incisos, portanto, é exigido o dolo específico do agente, sendo necessária a prova de que o ato se deu mediante a sua finalidade específica prevista no tipo, o que não ocorrerá, no entanto, nos casos do *caput* e incisos I, IV, VII, VIII, XI e XII do art. 9º¹⁰⁷, nos

106 “Art. 9º (...) II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; [...] V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; [...] IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; [...]” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992).

107 “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: 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; [...] IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; [...] VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; [...] XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992).

quais o dolo genérico rege a vontade do agente. Destaca-se, no entanto, que o dolo específico é exigido apenas nos casos em que o acusador disponha de demonstração da finalidade específica prevista em determinado inciso. Caso contrário, é plenamente possível que a conduta seja processada nos termos do *caput* do art. 9º, bastando o dolo genérico para tanto. Em verdade, portanto, o dolo específico somente será apurado o acusador entender viável enquadrar a conduta em um dos incisos que prevêem uma finalidade específica na conduta.

Dentre as outras espécies de dolo, extraídas da doutrina penal, verifica-se, sem maiores problemas, que o dolo direto, seja de primeiro ou segundo grau, adequa-se às hipóteses de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito (art. 9º). No dolo direto, o agente prevê o resultado e busca a sua realização, portanto, resta plenamente justificado o elemento volitivo que enseja a aplicação da Lei de Improbidade.

Necessário ressaltar, nesse sentido, que não cabe falar em culpa presumida, como aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1040). Não há nesse sentido uma presunção de enriquecimento ilícito, mas uma constatação fática de que ele ocorreu, ainda que seja mediante a constatação de aquisição de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda, como no caso do art. 9º, inciso VII. Não se trata, portanto, de culpa presumida, mas de verdadeira confirmação de ocorrência do enriquecimento ilícito.

No caso do dolo indireto alternativo, revela-se conceito igualmente passível de aplicação ao âmbito da improbidade. Nesse caso, o agente público prevê a multiplicidade de resultados e dirige sua conduta na busca de realizar qualquer um deles, indistintamente, de modo que caso o resultado mais grave venha a acontecer, o agente será responsabilizado por dolo. Ocorre, por exemplo, quando o agente prevê que sua conduta pode ocasionar tanto enriquecimento ilícito (art. 9º) quanto dano ao Erário (art. 10), de modo que dirige sua conduta para concretizar qualquer um deles indistintamente¹⁰⁸.

O dolo indireto eventual, ou seja, quando o agente prevê a consecução do resultado, mas, ainda assim, pratica a conduta, consentindo com o advento do resultado, também é um conceito aplicável ao caso do art. 9º da Lei de Improbidade. Vale dizer, não é necessária intenção específica de enriquecer ilicitamente, basta que o agente público atinja esse resultado assumindo o risco para tanto. Isso pois, mesmo quando há a assunção do risco de produzir o

¹⁰⁸ Vale destacar, no entanto, que o enriquecimento ilícito é uma conduta que será necessariamente precedida de violação a princípios da Administração, já que a conduta do agente “certamente estará eivada de forte carga de ilegalidade e imoralidade” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 445). Em outras palavras, a conduta ímproba prevista no art. 9º, embora seja regida por este tipo, estará sempre acompanhada da conduta do art. 11, seu antecedente lógico necessário.

resultado, a ação é igualmente deliberada, em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável. Evidente, desse modo, o dolo caracterizador da improbidade administrativa.

José Roberto Pimenta Oliveira traz um exemplo de ocasião em que atua o agente com dolo eventual nas hipóteses do art. 9º da Lei de Improbidade:

Conduz-se com dolo eventual o agente público que, em fiscalização de certo estabelecimento em razão de atividade ilícita, mas sob o argumento falso de que a multa administrativa poderia ser de valor maior deixa com proprietário dados bancários para depósito de vantagem indevida, assumindo o risco de ser concretizado o recebimento da quantia (OLIVEIRA, 2009, p. 273).

No que tange a assunção do dolo eventual como premissa possível para concretização de ato de improbidade administrativa do art. 9º, o assunto não é pacífico. Naturalmente, a controvérsia decorre da proximidade do dolo eventual com o conceito de culpa consciente, sendo que, como dito, a culpa (*stricto sensu*) é incompatível com a modalidade do art. 9º. Tal discussão se faz relevante na medida em que é de extrema dificuldade, no caso prático, distinguir o real contexto mental do agente (se dolo eventual ou culpa consciente). Simão Calil (2019, p. 98) é um dos que, por exemplo, refuta a hipótese de dolo eventual na responsabilização por improbidade, aduzindo que poderia ensejar confusão da improbidade administrativa com erros cometidos no exercício da função.

Analisando as hipóteses dos incisos do art. 9º, no entanto, cabe destacar que a modalidade prevista no inciso V¹⁰⁹, quando enquadrada na premissa de “aceitar promessa de tal vantagem”, não comporta o dolo indireto eventual. Naturalmente, se o resultado ilícito é “aceitar promessa de vantagem” não há como o agente proceder de uma maneira a “assumir o risco de aceitar promessa”. Vale dizer: a promessa de vantagem é aceita ou não é aceita. Somente no caso de o agente aceitar, portanto, estará caracterizado o ato de improbidade do art. 9º, inciso V.

O mesmo acontece com as condutas previstas nos incisos VII e VIII¹¹⁰, que igualmente não abrangem o dolo eventual. Nesse sentido, não há como assumir o risco de “adquirir bens em valor desproporcional à renda”, ou assumir o risco de “aceitar emprego”, trata-se de

109 Art. 9º (...) V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou **aceitar promessa de tal vantagem** (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992).

110 Art. 9º (...) VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992).

condutas que, pela sua própria natureza, revelam um atuar positivo ou negativo do ponto de vista psíquico do agente, sendo melhor expressadas no campo do dolo direto.

No entanto, em que pese o entendimento sedimentado no STJ acerca da admissão do dolo genérico, é preciso destacar que o Projeto de Lei nº 10.887/2018, de autoria do Deputado Federal Roberto de Lucena, segundo a última versão do PL Substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Relator em 21/10/2020, pretende fazer inclusões e alterações na Lei nº 8.429/1992, que passaria a contar com as novas disposições do art. 1º, § 4º e 5º, do art. 17 § 3º e § 8º, inciso I, alínea b e do art. 18 § 1º, de modo a **exigir dolo específico** como elemento do ato de improbidade administrativa.

O art. 1º da LGIA passaria a vigorar com a inclusão dos §§ 4º e 5º, contando com a seguinte redação:

Art. 1º [...]

§ 4º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º e 10, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 5º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL Substitutivo nº 10.887/2018).

O art. 17, § 3º e § 8º, inciso I, alínea b, passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público.

[...]

§ 3º A petição inicial observará o seguinte:

I – o autor deverá individualizar a conduta do réu, apontando os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º a 10, desta Lei, e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; II – será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015;

[...]

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de até trinta dias, em decisão fundamentada:

I - rejeitará a ação, se ficar convencido:

[...]

b) da falta de demonstração do dolo, nos termos do §4º do art. 1º (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL Substitutivo nº 10.887/2018).

O art. 18, § 1º, passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 18 [...] § 1º A ilegalidade, sem a presença de dolo que a qualifique, não configura ato de improbidade (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL Substitutivo nº 10.887/2018).

Pretende-se, portanto, alterar a LGIA de modo a (i) exigir o dolo específico para a configuração de ato de improbidade administrativa; (ii) exigir de demonstração de dolo específico como requisito da petição inicial; bem como (iii) possibilitar a rejeição da ação por descumprimento desta exigência.

O projeto de lei substitutivo, portanto, desconsidera a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça que admite a configuração do ato ímprobo praticado mediante dolo genérico e, ainda, aquela que, reconhecendo a forma culposa de improbidade, admite condenação nos termos da LGIA por condutas praticadas mediante culpa grave.

Há no PL substitutivo uma equivocada definição de dolo como sendo a “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º e 10, não bastando a mera voluntariedade do agente” (art. 1º, § 4º), ou “ato doloso com fim ilícito” (art. 1º, § 5º). O equívoco ocorre na medida em que se parte do pressuposto de que dolo genérico seria equivalente à mera voluntariedade, o que, como já destacado anteriormente, é inviável. Vale ressaltar: exigir dolo genérico é muito diferente de exigir mera voluntariedade. Ademais, as inovações revelam-se absolutamente desnecessárias, tendo em vista que os contornos do dolo já estão há muito sedimentados no art. 18, inciso I, Código Penal¹¹¹, consubstanciado quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Tais dispositivos pretendem, portanto, restringir o significado da forma dolosa de atuação ímproba, para limitá-la a casos em que deverá haver a comprovação da “vontade específica” de alcançar o resultado ilícito, ou seja, a de obter enriquecimento ilícito ou a de ocasionar prejuízo ao Erário. A ação de improbidade administrativa, desse modo, somente seria viável mediante um esforço descomunal do autor no sentido de trazer a “demonstração do dolo” (art. 17, § 8º, inciso I, alínea b, do PL substitutivo) (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota técnica nº 4-2020, p. 6). Os prejuízos à tutela do patrimônio público, portanto, são incontáveis. Como bem ressaltou o parecer técnico do Ministério Público Federal sobre o PL substitutivo:

Impor um “elemento subjetivo especializante” em todos os tipos de improbidade administrativa, eis o objetivo dos dispositivos apresentados no PL Substitutivo, que somente trarão maior proteção injustificada aos envolvidos nas práticas corruptivas, em detrimento da tutela dos interesses públicos. (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota técnica nº 4-2020, p. 6).

111 “Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

3.1.2.3.2 Artigo 10

Como previamente exposto, o ato de improbidade do art. 10 da Lei de Improbidade contém, expressamente, a previsão da modalidade culposa em seu *caput*. Ficou, desse modo, por própria autorização do legislador, aberta a possibilidade de tipificação de ato de improbidade que causa lesão ao Erário na modalidade culposa.

Monica Nicida Garcia, nesse sentido, entende que o art. 10 é a única modalidade que admite a espécie culposa (2004, p. 263):

[o previsto no artigo 10] é a única modalidade de improbidade administrativa que admite a forma culposa, devendo-se por isso mesmo, entender que nas demais modalidades, por não ter sido prevista a forma culposa, só se pune o ato dolosamente praticado.

Parte da doutrina faz uma comparação com a responsabilização penal, aduzindo que se o crime culposos contra a Administração é admitido, não haveria razão para não admitir a improbidade culposa. Fábio Medina Osório leciona, nesse sentido, que “Se pode haver crime culposos contra a Administração Pública, também pode haver improbidade culposa” (OSÓRIO, 2007, p. 271).

Parte da doutrina, no entanto, resiste firmemente ao dispositivo, argumentando que a expressa instituição da modalidade culposa no art. 10 seria inconstitucional, extrapolando os termos da autorização do art. 37, § 4º da Constituição. É o caso, por exemplo, de Marcelo Figueiredo (2009, p. 97), Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, pp. 99-105), Márcio Cammarosano (2017, pp. 266-273) e Calil Simão (2019, p. 97), entre outros.

Tem prevalecido, no entanto, a admissão da prática culposa no caso do art. 10. Nesse sentido: Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p. 207), José Roberto Pimenta Oliveira (2009, pp. 278-279), Emerson Garcia (2017, pp. 430-433), José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 1125), entre diversos outros.

Wallace Paiva Martins Júnior, em análise ao art. 10 da Lei de Improbidade, destaca que o elemento subjetivo da conduta é de suma importância, “admitindo os atos do art. 10 tanto dolo quanto culpa” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 207). Nesse sentido, a alusão ao prejuízo ao patrimônio público seria uma disposição que deriva do art. 159 do Código Civil¹¹². No caso do dano ao Erário exige-se comportamento doloso ou culposos do agente público, compreendidos esses conceitos, no âmbito civil, como a vontade de causar prejuízo agindo

¹¹² “Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

contra a lei e o influxo da negligência, da imprudência e da imperícia no trato dos negócios públicos (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 248).

A noção de responsabilização culposa é introduzida pela LGIA em razão do caráter danoso do eventual ato de improbidade previsto no art. 10. Como visto, no direito civil a responsabilidade está fundada na reparação do dano. A LGIA, ao prever a modalidade culposa para o ato, partiu da primazia do interesse público, de modo a não deixar sem reparação o dano sofrido pelo Erário. Assim, sendo a **integridade do Erário** o bem jurídico protegido pela norma, a culpa é elemento subjetivo suficiente para o enquadramento no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, ou seja, mesmo nos casos de falta de zelo, dever de cautela e integridade, estará justificada a aplicação de sanções.

Cumpra destacar aqui o entendimento de Alexandre Albagli Oliveira que rechaça veementemente a premissa de que a LGIA *pune o agente público desonesto, mas não o inábil*, que segundo o autor “tem servido como um verdadeiro mantra a ser seguido com o objetivo de excluir a pecha de ímprobo de muitos que verdadeiramente o são” (2012, p. 113). Segundo o autor, a própria redação do art. 10 é suficiente para afastar esse entendimento, dissociando a desonestidade da ineficiência funcional. Conclui o autor que a probidade administrativa está ligada não só a comportamento **honesto**, mas também ao comportamento **eficaz** (2012, pp. 113-114 – grifos nossos).

Não se exige do servidor público, portanto, condutas que sejam apenas honestas, mas também aquelas que não sejam, por exemplo, negligentes no trato da coisa pública. Nesse sentido, a boa administração não converge com comportamentos negligentes, imprudentes ou imperitos. Tais comportamentos, quando gravemente desidiosos, importarão em responsabilização, o que foi autorizado pelo legislador nos termos do art. 10 da LGIA. Nas palavras de Waldo Fazzio Júnior, “Também são ímprobos o relaxado e o desidioso. Não tanto quanto os que laboram no domínio da má-fé, mas tão prejudiciais quanto” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 124).

Existe, no entanto, uma margem de falibilidade humana que torna tolerável o comportamento do agente público. Por esta razão, tem sido dominante o entendimento de que o ato previsto no art. 10 da LGIA requer **culpa grave** para a sua concretização, como por exemplo defendem Irene Nohara (2013, p. 881), Fábio Medina Osório (2018, p. 254) e Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 43).

A modalidade culposa do art. 10, restrita a casos de atos praticados sob o signo da culpa grave, constitui também entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹¹³.

A culpa (*stricto sensu*) da improbidade, configura-se, assim, no caso do art. 10, com a atuação deliberada que, por inobservância do dever de cuidado objetivo e desatenção às formalidades legais, cujo desconhecimento é inescusável, cause uma lesão não desejada aos cofres públicos.

Para a apreciação da culpa de que trata o art. 10 é comum utilizar, portanto, a classificação advinda do direito civil no tratamento dado à Responsabilidade Civil. Assim, utiliza-se a abordagem sobre os graus de culpa, já descritas anteriormente (*cf.* 2.1.1.2)¹¹⁴.

Naturalmente, dadas as graves sanções impostas pela LGIA em seu art. 12, é natural que somente a culpa grave seja capaz de ensejar ato de improbidade. Isso pois, o ato culposo, quando verdadeiramente grave, decorrente de erro rude, sem escusa, ofendendo as regras da boa administração, em afronta aos princípios da eficiência e da moralidade administrativa, merece ser sancionado (MEDEIROS, 2003, p. 43).

A responsabilização por improbidade administrativa na modalidade culpa deve, portanto, obedecer ao princípio da razoabilidade. A Lei nº 8.429/1992 não se destina a punir um deslize ou outro cometido pelos agentes públicos no dia a dia, existem níveis de desrespeito ao ordenamento jurídico que são punidos com intensidades diferentes. Pune-se, portanto, a improbidade administrativa na modalidade culposa quando há grave violação do dever de cautela, do zelo que deve o funcionário público ter na proteção do patrimônio público – culpa grave – o que se aplica ao *caput* e a todos os incisos do art. 10 da LGIA.

O rol de incisos do art. 10 constitui meros exemplos de condutas que ensejam o resultado dano ao Erário. A maioria das condutas ali previstas podem se dar no mundo fático

113 “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ART. 288 DO RISTJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, IX, DA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ERROR IN PROCEDENDO. OCORRÊNCIA. PENALIDADE APLICADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. [...] 4. Não obstante, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar do elemento subjetivo. No caso do artigo 10 da Lei 8.429/1992, para a sua consumação, é necessário se perquirir quanto ao dolo ou a culpa. [...] 6. **É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável a correta identificação do dolo quando caracterizadas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos evitadas de culpa grave, nas hipóteses do artigo 10 da lei.** Cito precedentes: [...]” (STJ - REsp: 1512047 PE 2015/0009544-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 21/05/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2015). (grifos nossos)

114 São eles: (i) a culpa grave, quando o agente procede com extrema desconsideração; (ii) a culpa leve, quando o agente não observa o dever de cuidado do homem comum; e (iii) a culpa levíssima, quando o agente não procede com padrões excepcionais de diligência, superiores aos exigíveis do homem comum.

mediante dolo ou culpa, de modo que nestes dois casos o resultado dano ao Erário ensejará responsabilização. No entanto, cabe destacar que as condutas descritas nos incisos X e XIX¹¹⁵ prevêm expressamente a condição do agente “agir negligentemente”. Nestes casos, portanto, sendo a negligência uma das modalidades de culpa *stricto sensu*, tratou o legislador de um atuar eminentemente culposo, pois pressupõe-se ação sem a devida cautela – negligencia – o que não permite ao agente a previsão do resultado danoso. Entende-se, assim, quando o tipo no inciso especifica a modalidade de elemento subjetivo isto significa que houve uma valoração legislativa mais rigorosa, e, portanto, não cabe falar apenas de culpa grave, nestes casos. Caberia, assim, qualquer forma de culpa, pela valoração especial do legislador.

Sendo portanto a modalidade culposa admitida no caso do art. 10, cabe discutir, ainda, a admissibilidade das espécies de culpa oriundas da doutrina penal da *culpa inconsciente*, *culpa consciente*.

Sobre esse assunto, avalia José Roberto Pimenta Oliveira que ambas seriam admissíveis. Veja:

Na seara do artigo 10, é *perfeitamente passível de configurar-se, sob o prisma classificatório, situações de culpa consciente ou culpa inconsciente*, à luz dos ensinamentos em voga no Direito Penal. [...] Em ambas as situações, existe previsibilidade, porquanto situação de imprevisibilidade traz a coloração do caso fortuito ou da força maior, impedindo a responsabilização do autor da conduta. A culpa consciente apresenta grau de censurabilidade superior ao da culpa inconsciente.

Atua com culpa inconsciente o agente público que, por negligência, autoriza dispensa ilegal de licitação (ex vi artigo 10, VIII), de valor elevado, marcada pela falta de cuidado objetivo na verificação da situação concreta à luz da legislação vigente, no que pertine ao motivo alegado (v.g. emergência) e aos requisitos procedimentais exigidos (cf. art. 24, IV e 26 da Lei nº 8.666/93), em situação previsível de perigo concreto ao erário.

Procede com culpa consciente o agente público que, por negligência, não efetua a análise devida das condições objetivas e subjetivas do terceiro requerente, necessárias a realização de determinada operação financeira com valor significativo, à luz da legislação vigente, em situação previsível de dano ao erário, mas atua convicto de que tal resultado não ocorrerá (ex vi art. 10, VI). (OLIVEIRA, 2009, pp. 278-279).

A culpa inconsciente é a espécie que ocorre quando o agente não prevê o resultado que, no entanto, era absolutamente previsível. O agente, nesse caso não conhecia o risco que a sua conduta representava, embora devesse e pudesse conhecê-lo e, assim, provoca dano ao patrimônio público. Como dito, a verdadeira razão de ser do art. 10 da LGIA é a proteção ao

115 “Art. 9º [...] X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; [...] XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992).

Erário e, nesse caso, se o resultado era absolutamente previsível mas o agente não o previu, infringiu este o dever de cautela esperado no trato da coisa pública. Assim, somente a ausência de possibilidade de previsibilidade teria o condão de afastar a tipificação do ato de improbidade do art. 10.

Na culpa consciente, por seu turno, o agente prevê o resultado lesivo ao Erário, mas genuinamente acredita que ele não vá ocorrer. Há, nesse sentido, um verdadeiro conhecimento do risco oferecido ao bem jurídico protegido pela norma e previsibilidade deste, mas o agente rejeita a crença de que o evento ocorrerá. Por essa razão, entende-se razoável autorizar a incidência da Lei de Improbidade.

Ricardo Duarte Júnior, no mesmo sentido, entende também possível “a condenação por ato de improbidade por conduta culposa caso tenha ocorrido lesão ao erário, no caso de ação que **causa resultado não previsto, porém previsível**, por desrespeito a uma norma de cuidado” (DUARTE JÚNIOR, 2017, p. 137 – grifos nossos).

Ademais, cuidando o art. 10 de espécie que admite ato doloso, também cabe destacar os aspectos atinentes a este elemento subjetivo.

Apesar do entendimento majoritário acerca da admissão do dolo na hipótese do art. 10º, raramente são especificadas quais modalidades de dolo são admitidas para efeitos de configuração do ato de improbidade. O STJ, como visto, entendeu que o dolo aplicável é o genérico, ou seja, a vontade de realizar o fato descrito na lei.

Cabe uma reflexão, no entanto, acerca das demais classificações de dolo previstas na doutrina penal.

Em relação ao dolo direto (de primeiro e segundo grau) este ocorrerá quando o agente efetivamente intenciona o resultado lesivo. Revela-se, portanto, conceito admitido sem maiores problemas na hipótese do ato previsto no art. 10 e incisos da LGIA. José Roberto Pimenta Oliveira traz o seguinte exemplo da conduta: “Atua com dolo direto quem, com consciência e vontade, em banco oficial, aprova e realiza operação financeira, em desacordo com a legislação em vigor, favorecendo terceiro” OLIVEIRA, 2009, p. 273).

Dolo indireto ocorrerá, por seu turno, quando o agente pratica a ação prevendo o resultado como possível e assumindo o risco de produzi-lo. Nesse caso, revela-se conceito igualmente aplicável ao âmbito do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

José Roberto Pimenta Oliveira exemplifica a conduta enquadrável no art. 10 da LGIA praticada mediante dolo indireto eventual:

Procede com dolo eventual quem, ciente de que a documentação da empresa requerente está incompleta, aprova e realiza operação financeira, que

posteriormente confirma estar em desacordo com a legislação em vigor, aceitando o risco do resultado (OLIVEIRA, 2009, p. 273)

Ressalta-se, no entanto, que conforme já mencionado, as condutas previstas nos incisos X e XIX do art. 10 somente se compatibilizam com o atuar culposo, não sendo portanto concretizadas mediante dolo, seja ele direto ou indireto, genérico ou específico.

Ademais, é necessário destacar, que o Projeto de Lei (PL) nº 10.887, de 2018, apresentado pelo Deputado Federal Roberto de Lucena, segundo a última versão do PL substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Relator em 21/10/2020, pretende alterar o art. 10, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 de modo a revogar a modalidade culposa na categoria de atos de improbidade que causam prejuízos ao Erário.

O art. 10, *caput*, passaria a contar com a seguinte redação:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje perda patrimonial efetiva, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [...] (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL Substitutivo nº 10.887/2018).

Pretende-se, portanto, que o dano ao Erário seja responsabilizável somente quando ocorrido na modalidade dolosa.

No entanto, como visto, entende-se que admissão da modalidade culposa está consolidada na jurisprudência do STJ e restrita aos casos de atos ímprobos praticados mediante culpa grave. A delimitação promovida por tal posicionamento, que restringe o ato do art. 10 à culpa grave, está fundada, naturalmente, na gravidade da ilicitude prevista no art. 37, § 4º da Constituição. Como bem ressaltou o Ministério Público Federal em parecer técnico sobre o tema, o que em verdade encontra limites na Constituição Federal, e em vasta jurisprudência, no entanto, é pretender a eliminação radical do tipo culposo do art. 10, como previsto no projeto de lei, o que não pode ser aceito sob o risco de criação de uma manifesta tutela deficiente do patrimônio público. (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota técnica nº 4-2020, pp. 4-5).

Cabe destacar, nesse sentido, que o art. 37, § 4º da Constituição Federal, é **categórico** em incluir o Erário no seu âmbito de proteção. A proteção do conferida ao bem jurídico, portanto, deve ser **total**. Nesse sentido, proteger o Erário apenas da improbidade dolosa seria o mínimo, de modo que, se modalidade culposa for extirpada da Lei, inaugurar-se-ia uma proteção deficiente, inadequada à previsão constitucional.

3.1.2.3.3 Artigo 10-A

O art. 10-A, fruto da inovação legislativa trazida pela Lei Complementar nº 157/2016, definiu como ato de improbidade qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõe o art. 8º-A, *caput* e § 1º, da Lei Complementar nº 116/2003¹¹⁶.

A intenção primordial do legislador, com a inclusão do referido artigo, foi evitar a deflagração de “guerra fiscal” entre Municípios em contexto no qual tais pessoas jurídicas de direito público poderiam reduzir de maneira incongruente o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) para atrair empreendimentos econômicos para o seu território. Assim, definiu-se a alíquota mínima do ISS em 2% e definiu-se como ato de improbidade ultrapassar este limite¹¹⁷.

A conduta, apesar de em tese estar abarcada no conceito de dano ao Erário, mereceu atenção especial do legislador, que houve por bem tipificá-la de maneira independente. Correta ou não, a tipificação independente do legislador deixou, igualmente, de descrever o elemento subjetivo do ato.

A doutrina, no entanto, entende, de forma praticamente unânime, que o elemento subjetivo que caracteriza a conduta é o dolo.

Emerson Garcia, entende necessário o dolo do agente na hipóteses do art. 10-A. Veja:

constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º, **10-A** e 11 **exige o dolo do agente**; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar improbidade (GRACIA; ALVES, 2017, pp. 430-433 – grifos nossos).

No mesmo sentido, Ricardo Duarte Júnior também entende necessário o dolo. Veja:

Os requisitos necessários para a configuração desta hipótese são: [...] b) **dolo do agente**. Não se pode deixar de observar a necessidade do dolo para a configuração do ato de improbidade, haja vista que, conforme a jurisprudência do STJ, o ato de improbidade só pode ser punido pela *mea culpa* quando expressamente previsto na lei (DUARTE JÚNIOR, 2017, p. 110 – grifos nossos).

116 “Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). § 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no *caput*, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar” (BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003).

117 Sendo o ISS um tributo de competência municipal, o ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da LGIA será praticado, necessariamente, por agentes públicos municipais, não excluindo-se o envolvimento de terceiros no ato de improbidade (sejam eles pessoas físicas ou jurídicas).

Segundo Thomas Bryann Freitas do Nascimento o dolo é adotado pois, quando a lei quis prever conduta culposa, o fez expressamente (art. 10), de modo que a ausência de previsão de elemento subjetivo pressupõe o dolo. Veja:

O elemento subjetivo é o dolo. Não se admite modalidade culposa, visto que a opção adotada pela lei de improbidade foi de que a culpa não se presume, devendo ser prevista expressamente na lei. Quando quis prever conduta culposa, o legislador da improbidade o fez de maneira literal, fazendo-a constar na redação do art. 10. Diante da omissão do legislador de 2016, tem-se que o ato de improbidade introduzido pelo art. 10-A somente pode ser praticado mediante dolo (DO NASCIMENTO, 2019, n.p.).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira esclarece que a intenção do legislador, ao incluir novo ato de improbidade em dispositivo autônomo, foi justamente estabelecer tratamento jurídico diverso para o novo ato de improbidade. Se o desejo do legislador fosse admitir a culpa, bastaria a inserção de um novo inciso no art. 10 (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 102).

Diante disso, entende-se que, apesar do tipo descrito constituir, na essência, uma conduta de dano ao Erário (que admitiria dolo ou culpa), o elemento subjetivo apto para a caracterização do tipo descrito no art. 10-A da LGIA é apenas o dolo. Isso pois, mesmo diante da ausência de previsão expressa, as hipóteses de negligência, imprudência ou imperícia, ainda que em sua figura extremada (culpa grave), não abrigam a conduta descrita no tipo.

Apesar de sedimentado o entendimento de que a conduta do art. 10-A admite apenas dolo, revela-se desafiador estipular os tipos de dolo que a conduta comporta. Isso pois, além de ser uma inovação legislativa relativamente recente, trata-se de um caso muito específico de improbidade administrativa, de pouca aplicação prática.

Nesse sentido, é possível inferir que no contexto do dolo do art. 10-A entende-se suficiente a solução trazida pelo STJ do dolo genérico, não sendo necessário o dolo específico, uma vez que, analisando o tipo do art. 10-A, não se verifica qualquer finalidade específica legalmente prevista para a concretização do tipo.

Ademais, o conceito de dolo direto, enquanto prática da conduta efetivamente desejando cometer os exatos termos descritos no tipo, revela-se aplicável, sem maiores problemas, à disposição do art. 10-A. Sem prejuízo entende-se também viável o cometimento do ilícito do art. 10-A mediante dolo indireto eventual, uma vez que nesse caso o agente assumiu e aceitou o risco de produzir o resultado.

3.1.2.3.4 Artigo 11

O art. 11 da Lei de Improbidade é, sem dúvida, o mais controverso em relação ao elemento subjetivo da responsabilização, uma vez que detém tipificação demasiado aberta. Há autores que afirmam ser possível responsabilização por dolo ou culpa, a maioria, no entanto, posiciona-se no sentido de que somente o dolo é capaz de ensejar a caracterização do ato de improbidade do art. 11.

Wallace Paiva Martins Júnior (2009, pp. 279-280) considera violações a princípios como o mais grave atentado contra a Administração. Entende, por isso, justificadas as disposições do art. 11 da LGIA para assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração. Veja:

A violação a um princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração Pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que **inaugura a perspectiva de punição do agente público pela simples violação de um princípio, para assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração Pública**, que a experiência mostra tantas vezes ofendidos à míngua de qualquer sanção (grifos nossos).

Como visto, o art. 11 é omissivo, em seu *caput*, em relação ao elemento subjetivo. Porém, as condutas descritas em seus incisos, segundo a lição de Fábio Medina Osório (2013, p. 215), admitiriam a responsabilização na modalidade culpa: “Alguns dispositivos do art. 11, **excluindo seu caput, admitem condutas dolosas e culposas**, se observarmos a abertura semântica dos dispositivos” (grifos nossos). Segundo esta linha de raciocínio, portanto, a estrutura da descrição típica seria o critério que resolve o problema do elemento subjetivo: se ela descrever ilícito, que pode ser doloso ou culposo, seria admissível conduta culposa.

Monica Nicida Garcia (2004, p. 263), nesse sentido, entende que o legislador falhou ao não prever, expressamente, a modalidade culposa no art. 11: “No que tange aos atos de improbidade definidos no artigo 11 (que atentam contra princípios da Administração Pública), **a não previsão da forma culposa constitui-se em lamentável lacuna**” (grifos nossos).

Wallace Paiva Martins Júnior entende que, no art. 11, admite-se a responsabilização por ato culposo grave. Segundo o autor, o art. 11 “preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida culpa grave)” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 286).

O entendimento do STJ em relação ao tema, no entanto, é outro. A jurisprudência consolidou-se no sentido de admitir apenas a conduta dolosa no art. 11, que no caso deverá se dar por dolo genérico¹¹⁸. O entendimento está exposto na seguinte tese jurisprudencial:

O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico¹¹⁹.

Tal posicionamento se coaduna com a teoria de Waldo Fazzio Júnior, que afirma que as práticas enumeradas nos incisos do art. 11 são presumidamente dolosas, pressupondo uma consciência da ilicitude do ato e o ânimo de realizar o resultado proibido (FAZZIO JÚNIOR; 2001, p. 179).

É importante destacar, ainda, a posição de José Roberto Pimenta Oliveira sobre a matéria. Segundo o doutrinador, a responsabilização culposa por ato previsto no art. 11 seria, se considerado o campo da viabilidade lógica, possível em todas as figura típicas do dispositivo, exceto no inciso I. No entanto, no campo da viabilidade jurídica, o próprio legislador teria dado indicativos suficientes de que não admite culpa (*stricto sensu*), de modo

118 A posição do tribunal foi reforçada recentemente no julgamento do AgInt no REsp 1.784.729/SP (Data de Julgamento: 15/09/2020):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS. CONDUTA ÍMPROBA CARACTERIZADA. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INEXIGIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. DOLO GENÉRICO. PRESENÇA DE ELEMENTO SUBJETIVO. 1. Cuida-se de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em desfavor de ex-prefeito do Município de Vera Cruz/SP, na qual se narra a prática de atos de improbidade tipificados no art. 11 dessa Lei assim especificados: [...] 7. O STJ firmou o entendimento de que **o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico**. Precedentes: AgInt no AgRg no AREsp 839.68/SE, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24.4.2020; AREsp 1.538.080/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, 17.3.2020; AgInt no REsp 1.711.374/RJ, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.6.2018; REsp 1.826.379/PB, Relator Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 24.9.2019. REsp 1.231.402/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 2.2.2015. 8. Agravo Interno não provido.

(STJ - AgInt no REsp: 1784729 SP 2018/0293075-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/09/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2020) (grifos nossos).

119 Entendimento retirado da publicação periódica Jurisprudência em Teses: tese nº 11 da edição nº 40, de 2 de setembro de 2015. Precedentes: AgRg nos EDcl no AREsp 33898/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013; REsp 1275469/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 09/03/2015; AgRg no AREsp 562250/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 09/12/2014; AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015; AgRg no REsp 1337757/DF, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015; MS 12660/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014.

que, sendo apenas o legislador capaz de elevar a condição lógica à condição jurídica, não se pode admitir a forma culposa no dispositivo. Veja:

Sob o ponto de vista lógico, atento ao bem jurídico lealdade e imparcialidade, é possível admitir condutas culposas em todas as figuras típicas do artigo 11, com exceção do artigo 11, I, em que se tipifica o desvio de finalidade. A viabilidade lógica é condição necessária, mas não suficiente. ***Só o legislador, em um Estado Democrático, pode elevar a condição lógica a uma condição jurídica, em matéria de tipicidade subjetiva dos atos de improbidade administrativa.*** Um dado significativo de que esta operação foi expressamente refutada pelo legislador, além da ausência de previsão legal suficiente na matéria, foi a fixação do bem jurídico *honestidade* no *caput* do artigo 11, a exigir dolo em sua contrariedade. **Não se pode admitir nenhuma forma de ato culposo no bojo do dispositivo.** (OLIVEIRA, 2009, p. 277).

Assim, tomando por base os entendimentos expostos, é possível aferir que, apesar de em tese ser possível enquadrar condutas culposas nas descrições do art. 11, o legislador fez uma **opção** por afastar, dos ilícitos previstos no art. 11, os comportamentos culposos, uma vez que não o declara expressamente (o que somente ocorre no art. 10). Assim, por um fator lógico-sistemático de exclusão, tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que intenção do legislador é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais¹²⁰. Alinha-se, desse modo, à posição de Waldo Fazzio Júnior, segundo o qual “Quando o legislador admite a conduta culposa, expressamente o declara, como o fez no art. 10. Se não a admite, no art. 11, é que não há” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 167).

Tomando-se por base, desse modo, a corrente que entende necessário o elemento subjetivo doloso para consecução do art. 11, impõe-se questionar quais espécies de dolo a determinação abrange.

O dolo para a caracterização do art. 11 da LGIA pode ser tido, de uma maneira geral, como a vontade livre e consciente de se conduzir contra a probidade administrativa ou pelo menos agir nessa direção, assumindo o risco do resultado (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 168).

No caso do art. 11, o agente descumpre o ordenamento jurídico no exercício da sua função pública. A disposição do art. 11 somente ensejará responsabilidade se a conduta funcional for ilícita, ou seja, houver prática de ação ou omissão ilícita e produção de resultado ilícito. O que o art. 11 faz, desse modo, é qualificar a forma como esta conduta ilícita funcional ocorre. Nesta trajetória, o agente público produz o resultado ilícito, com conduta que agride os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, que estão no epicentro dos valores que governam qualquer função pública. A relevância do art. 11 é justamente esta, porque ele revela a espinha dorsal do que é a improbidade.

120 Sobre o tema, ver: Emerson Garcia (2012, p. 54).

Desse modo, qualquer enriquecimento ilícito (art. 9º) supõe ofensa aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, assim como qualquer agressão ao zelo e integridade ao Erário (art. 10) supõe ofensa aos mesmos deveres. Porém, existem inúmeras outras condutas cujo quadro fático e jurídico será relevante para a improbidade na medida em que houver ofensa aos mencionados deveres, hipótese que ensejará a aplicação do art 11¹²¹.

Como visto, segundo o STJ, o dolo que basta para concretizar o ilícito é o genérico, não sendo exigido o dolo específico. A solução do dolo genérico, no entanto, ainda enfrenta resistência na doutrina de direito administrativo, alegando-se, por vezes, que seria o mesmo que admitir a responsabilidade objetiva. Veja, por exemplo, o entendimento de Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira:

Em outras palavras, afirmar que basta o “dolo genérico” sem que sejam efetivamente analisados os aspectos da causa que comprove a vontade consciente do agente de alcançar o resultado ilícito é o mesmo que se admitir responsabilidade objetiva mediante subterfúgio que mascara a ilegalidade do ato judicial. (CAMMAROSANO; PEREIRA, 2017, p. 254)

No entanto, o dolo genérico difere, e muito, de responsabilidade objetiva, e por seu próprio conceito é com ela incompatível. Deve o dolo genérico ser entendido, nesse sentido, como o atuar consciente e deliberado, segundo o qual o agente toma uma decisão quando lhe era exigido uma conduta diversa possível. Dolo genérico, assim, continua sendo dolo, exigindo-se a “consciência” e a “vontade”. Desse modo, referindo-se ao entendimento acima, destaca-se que se não há comprovação da “vontade consciente do agente de alcançar o resultado”, de dolo genérico é que não se trata. De fato, não analisar a vontade consciente do agente implicaria em uma responsabilidade objetiva, no entanto, tal proceder certamente não estaria lastreado no dolo genérico, uma vez que seu conceito é o de justamente levar em conta a “consciência” e a “vontade”.

Em suma, há uma demonização do dolo genérico, como se ele fosse uma solução aberta que permitiria uma aproximação da culpa ou mesmo da voluntariedade, quando na verdade é exatamente o oposto – dolo genérico é dolo. Destaca-se, nesse sentido, que dolo genérico e específico representam, somente, uma classificação, de modo que a possibilidade de admitir um ou outro conceito deve ser realizada a partir do tipo, do que está descrito na lei. É a partir dessa análise, portanto, que será possível entender se o ato é concretizável mediante dolo genérico ou específico.

121 Exemplo disso é a conduta de nepotismo. Enquadrável no art. 11, ela é punida nos termos da LGIA por infração a Súmula Vinculante nº 13 do STF e por ofensa aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Se (i) no dolo genérico há a consciência e a vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo; e (ii) no dolo específico, além dessa exigência, há uma intenção especial do agente, verifica-se que a intenção especial deverá estar descrita na norma tipificadora da conduta. Assim, mesmo no caso do art. 11, que tem uma tipificação aberta, verifica-se que as condutas descritas no seu *caput* e incisos são todas primordialmente compatíveis com o dolo genérico e não com o específico. Vale dizer: o legislador não previu nenhuma intenção especial do agente nas condutas ali descritas. O único inciso no qual poderia haver dúvida, por conta de sua redação, é o inciso I: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992). No entanto, verifica-se que o inciso I, em suma, define como ato de improbidade a conduta direcionada à infração da lei, regulamento ou regra de competência. Embora concorde-se que é uma tipificação aberta, não se trata de dolo específico, visto que não há a previsão de uma vontade ou circunstância especial que o agente deseje com o ato. O dolo genérico, portanto, representa nesse caso uma classificação apropriada para as condutas descritas no art. 11 da LGIA, tendo em vista que de dolo específico é que não se trata.

Em relação às demais espécies de dolo discutidas na doutrina penal, também cabem algumas observações.

O dolo direto, como ação dirigida ao cometimento do ilícito, notadamente é capaz de ensejar a responsabilização do agente nos termos do art. 11, seja ele de primeiro ou segundo grau. José Roberto Pimenta Oliveira exemplifica a situação do dolo direto no caso do art. 11: “Comporta-se com dolo direto o agente público que, com consciência e vontade, entrega gabarito de prova de concurso público para amigo, fraudando a licitude do certame” (OLIVEIRA, 2009, p.274). Nesse sentido, considerando que no dolo direto o agente prevê o resultado, dirigindo ativamente a sua conduta, revela-se um conceito aplicável a todos os incisos do art. 11.

No entanto, o dolo indireto eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado, é objeto de controvérsias. Isso pois, na prática, existe grande dificuldade na distinção entre a culpa consciente e o dolo eventual, em ambas o resultado é previsto e o agente realiza a conduta, diferindo-se, apenas, no sentido de que o agente, na culpa consciente, genuinamente acredita que esse resultado não será atingido.

No dolo eventual a vontade do agente prevê a provável consecução do resultado, mas, apesar disto, a conduta é praticada, consentindo o agente com o advento daquele. Assim, para

a configuração do dolo indireto eventual é necessário a demonstração da antevisão do resultado, do fim proibido, baseado nas circunstâncias do fato.

Destaca-se, nesse sentido, que no julgamento paradigmático do já mencionado REsp nº 765.212/AC houve entendimento pela admissão do dolo eventual, ainda que referido entendimento não tenha sido acompanhado de grandes considerações específicas sobre o assunto¹²².

José Roberto Pimenta Oliveira, do mesmo modo, admite a responsabilização nos termos do art. 11 por ato cometido mediante dolo indireto eventual. Traz o autor um exemplo: “Haverá dolo eventual, todavia, quando o agente público, ciente de que amigo está na dúvida de realizar as provas do certame, entrega para o mesmo o gabarito oficial da prova, aceitando o risco do resultado” (OLIVEIRA, 2009, p.274).

O dolo eventual, portanto, é elemento subjetivo apto a ensejar a responsabilização por ato de improbidade administrativa nos termos do art. 11 da LGIA.

Muito embora seja possível adotar referidos entendimentos em relação ao art. 11 da LGIA, é necessário destacar que o Projeto de Lei (PL) nº 10.887, de 2018, apresentado pelo Deputado Federal Roberto de Lucena, segundo a última versão do PL substitutivo apresentada pelo Deputado Federal Relator em 21/10/2020, pretende alterar o art. 11 da Lei nº 8.429/1992 de modo a revogar a responsabilização por infração a princípios da Administração Pública.

O art. 11 passaria a contar com a seguinte redação:

Art. 11. Ações ou omissões ofensivas a princípios da Administração Pública que, todavia, não impliquem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, nos termos dos arts. 9º e 10 desta Lei, não configuram improbidade administrativa, sem prejuízo da propositura de outras ações cabíveis, consoante o caso, como as leis 4.717, de 29 de junho de 1965, e 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL Substitutivo nº 10.887/2018).

122 Referido julgado foi assim ementado: “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. [...] 3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. CastroMeira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008). 4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou **eventual**, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11. [...]” (STJ - REsp: 765212 AC 2005/0108650-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2010).

Assim, o PL substitutivo pretende que somente as modalidades de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito e dano ao Erário ensejem responsabilização, excluindo um largo campo de condutas absolutamente graves, que ferem o bem jurídico tutelado pela Constituição (probidade), desdobrado pela legislação (imparcialidade e lealdade às instituições), que serão deixadas, sem dúvidas, ao plano da impunidade.

Segundo a discussão promovida no projeto de lei, a alteração desta monta seria justificada pela abertura do tipo do atual art. 11, que geraria insegurança jurídica.

Entretanto, vale ressaltar que a abertura do tipo não é fator que justifica a medida de destipificação, para eliminação completa do atual art. 11. A exclusão de responsabilização nos termos do art. 11 possivelmente trará uma extrema deficiência da tutela do bens jurídicos protegidos no art. 37, § 4º da Constituição, que, pela expressão “improbidade administrativa” **não se limita** a ilegalidades que geram enriquecimento ilícito e/ou dano ao Erário.

Corre-se o risco, ainda, de que as alterações pretendidas façam com que a disciplina jurídica da matéria retorne a um regramento paralelo àquele existente na época anterior à atual Constituição, consubstanciado nas Leis Pitombo-Godoy Ilha e Bilac Pinto, que, como visto, eram praticamente inefetivas no combate à corrupção. Consagraria-se, portanto, uma forma legal que não mais atende às demandas da sociedade brasileira atual, que enfrenta diariamente o grave impacto da corrupção (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota técnica nº 4-2020, p. 5).

Ademais, cabe ressaltar que a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário, indica em seu artigo 19 que os estados parte devem tomar medidas legislativas para coibir o “abuso de função”¹²³, estabelecendo em seu artigo 3, item 2, que a aplicação dos tipos de corrupção independe da produção de dano material ao patrimônio público¹²⁴. Portanto, representa o PL substitutivo, nos moldes atuais, um retrocesso de âmbito nacional e internacional, levando o Brasil a manifesto descumprimento do disposto na Convenção. Reitera-se, a mudança pretendida pelo PL substitutivo avança sobre garantias firmadas pelo Brasil em âmbito internacional, representando uma grave involução no combate à corrupção.

123 “Artigo 19 – Abuso de funções – Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o **abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.**” (BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – grifos nossos).

124 “Artigo 3 – Âmbito de aplicação – [...] 2. Para a aplicação da presente Convenção, a menos que contenha uma disposição em contrário, **não será necessário que os delitos enunciados nela produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado.**” (BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – grifos nossos).

3.1.2.4 Inovações trazidas pela alteração do art. 28 da LINDB

A Lei nº 13.655/2018 promoveu diversas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei 4.657/1942). Para os fins pretendidos no presente trabalho, merece destaque a inclusão feita no art. 28, que conta atualmente com o seguinte teor: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Referida inclusão foi objeto de críticas e divergências, especialmente no que tange a expressão *erro grosseiro* trazida na alteração. Ela possui reflexos sobre diversos ramos do direito, especialmente o direito civil e o direito administrativo sancionador. Em vista do tema aqui desenvolvido, será dado enfoque aos eventuais reflexos na Lei de Improbidade Administrativa.

Segundo Genilson Rodrigues Carreiro “a única compreensão possível para a expressão ‘erro grosseiro’, manifestação mais aguda do erro, é a sua equiparação à ‘culpa grave’ manifestação mais intensa da culpa” (CARREIRO, 2019, p. 350). Teria ocorrido, portanto, uma nítida modificação no alcance da noção de culpa na responsabilização do agente público¹²⁵, o que em tese poderia conflitar com o art. 10 da Lei de Improbidade, segundo o qual configura ato de improbidade administrativa a ação ou omissão dolosa ou culposa que enseja dano ao Erário.

De um lado, entende parte da doutrina que a alteração da LINDB, por ser posterior (art. 2º, §1º, da LINDB), revogou parcialmente o dispositivo do art. 10 da LGIA no que tange as condutas culposas. Gustavo Binenbojm e André Cyrino defendem por exemplo que, como lei posterior e de mesma hierarquia, a inovação da LINDB derogou a modalidade culposa da LGIA, passando-se a exigir erro grosseiro. Veja:

Portanto, o art. 28 da LINDB, como lei posterior e de mesma hierarquia que a Lei de Improbidade Administrativa, opera a sua derrogação parcial, para redefinir as modalidades de ato ímprobo que admitem a modalidade culposa e passa a exigir a configuração de erro grosseiro (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 219).

A justificativa dessa corrente para a necessidade de especificação do *erro grosseiro* como forma de responsabilização é a de que o administrador, mesmo que honesto, teria temor de agir e implementar ideias inovadoras por receio de ser responsabilizado de acordo com

¹²⁵ Certamente, o conceito de agente público previsto no art. 28 da LINDB é o mesmo do previsto no art. 2º da Lei de Improbidade.

entendimentos oscilantes das autoridades de controle. Assim, o art 28 da LINDB criaria “um ambiente de maior segurança jurídica para o administrador público bem intencionado e que quer agir de maneira inovadora, mas sabe que suas ideias e procedimentos podem estar eventualmente errados” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 203). Desse modo, o escopo do art. 28 da LINDB seria uma “oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 221).

Pelo que se observa, a intenção do legislador foi resguardar aquele agente público tomador de decisões – o gestor público e sua assessoria técnica – contra as incertezas de entendimento e variações de posicionamento dos órgãos de controle (CARREIRO, 2019, pp. 342-343) bem como restringir o seu campo de responsabilização apenas à esfera do dolo e do erro grosseiro, o que parece, em um primeiro momento, razoável, uma vez que o administrador público não tem o dever de acertar sempre e invariavelmente.

É possível entender, desse modo, que o art. 28 da LINDB tentou reforçar a necessidade da demonstração do elemento subjetivo do agente público para a sua responsabilidade. Assim, o art. 28, restringiria o *jus puniendi* do Estado, que ficaria adstrito ao campo de grave culpabilidade, pois se não houver prova do dolo ou de erro grosseiro, a responsabilidade do agente público estaria afastada.

Por outro lado, verifica-se que o art. 28 pode, em verdade, prestar um desserviço à responsabilização do agente público. Segundo Maria Helena Diniz, ele pode contribuir para que o agente público dirija seu agir de modo a evitar que seu ato seja considerado doloso ou tido como decorrente de erro grosseiro, abrindo caminho à impunidade e à redução da responsabilidade do administrador por ato de improbidade (DINIZ, 2018, p. 313).

Assim, outra corrente de pensamento entende que a suposta antinomia entre o art. 10 da LGIA e o art. 28 da LINDB seria suprida pelo caráter da especialidade (art. 2º, §2º, da LINDB), de modo que a LGIA, por ser mais específica em relação à matéria, deve prevalecer sobre a LINDB, uma norma de caráter geral. Luiz Sergio Fernandes de Souza, por exemplo, manifesta sua opinião no sentido de que a LGIA continua a contemplar o dolo e a culpa no art. 10. Veja:

Alguns veem na disposição do artigo 28 da LINDB incompatibilidade com a regra do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, sugerindo mesmo a hipótese de derrogação. Mas assim não penso, pois a Lei Federal nº 8.429/92, no referido artigo, contempla tanto o dolo como a culpa (DE SOUZA, 2018, p. 131).

A solução da antinomia se daria, assim, pelos próprios termos da LINDB, conforme seu art. 2º, §2º, de modo que, sendo a Lei de Improbidade mais específica sobre a matéria, prevalece a sua aplicação.

O que se verifica, em síntese, é que o art. 28 da LINDB, na sua redação atual, tentou reforçar, pela via legislativa, aquilo que já vinha sendo entendido pelo STJ no caso da responsabilização nos termos do art. 10 da LGIA, no sentido da culpa grave, como visto anteriormente. Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira entende que “O art. 28 da LINDB reflete na interpretação do art. 10 da Lei 8.429/1992 e confirma a necessidade de culpa grave, o que equivale a erro grosseiro para responsabilização dos agentes públicos” (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 98).

Entretanto, verifica-se um problema lógico, na proposição do art. 28, uma vez que **culpa não se confunde com o erro profissional**. A situação de erro representa a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um determinado objeto, podendo ensejar a exclusão da culpabilidade ou da tipicidade da conduta. Portanto, o erro não se confunde com a situação de culpa, que exige consciência e vontade na atuação do agente, que, por imprudência, negligência ou desídia, deixa de cumprir os mandamentos legais. Do erro, em verdade, decorrerá a ausência de tipicidade ou culpabilidade e daí a necessidade de avaliar os diversos tipos ou categorias de erro. Assim, “erro grosseiro” como disposto no art. 28 da LINDB, não equivale a culpa.

Assim, apesar de o art. 28 da LINDB refletir na interpretação da LGIA, não é possível inferir, no entanto, que houve uma revogação parcial do art. 10 da Lei de Improbidade. Para todos os efeitos, considera-se portanto vigente a disposição do *caput* do art 10 da LGIA que prevê o elemento subjetivo “culpa”.

3.1.3 Responsabilidade subjetiva de pessoas jurídicas

A partir do exposto no art. 3º¹²⁶ e também no art. 5º¹²⁷, ambos da Lei de Improbidade, instaurou-se a discussão acerca da possibilidade de considerar pessoas jurídicas como sujeitos ativos de ato de improbidade administrativa. Sobre esse tema, a corrente majoritária entendeu viável a aplicação da Lei de Improbidade para as pessoas jurídicas que participem ou se

126 “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992).

127 “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992).

beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei nº 8.429/1992, considerando-as enquadráveis no conceito de “terceiro”¹²⁸.

A possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica nos termos da Lei nº 8.429/1992, no entanto, gerou algumas problemáticas. Três foram os questionamentos centrais: (i) se era possível propor a ação de improbidade em face da pessoa jurídica, apenas; (ii) se, para propor ação contra a pessoa jurídica, era necessário comprovar o conhecimento da improbidade pelos seus representantes legais; e (iii) se, para propor ação contra a pessoa jurídica, era necessário processar também os seus representantes legais.

Em relação à primeira questão, caminhou-se no sentido de negar a possibilidade de propor ação apenas em face da pessoa jurídica, exigindo a propositura também contra agente público. Assim, não era possível responsabilizar as pessoas jurídicas isoladamente, sem a identificação e responsabilização de agente público, ressalvados casos de recomposição do dano causado ao Erário (PIMENTA, 2020, p. 75).

Em relação à segunda questão, caminhou-se no sentido de não fazer a exigência de comprovação do conhecimento da improbidade pelos representantes legais da pessoa jurídica, uma vez que a o art. 3º da LGIA prevê a situação do terceiro como beneficiário do ato de improbidade.

Em relação à terceira questão, caminhou-se no sentido de não exigir a propositura da ação também contra os representantes legais da pessoa jurídica. Isso pois a formação do polo passivo da ação de improbidade ocorre com litisconsórcio passivo facultativo, cabendo ao autor defini-lo. As entidades jurídicas, assim, podiam figurar no polo passivo de ação judicial, mesmo sem seus sócios, como beneficiários de ato de improbidade cometido (PIMENTA, 2020, p. 75).

No entanto, ainda que as pessoas jurídicas fossem contempladas como “terceiros” para fins de improbidade administrativa, a sua responsabilização estava adstrita à propositura da

128 Destaca-se, nesse sentido, o entendimento do STJ exarado em 2010, segundo o qual a pessoa jurídica que participa ou se beneficie do ato de improbidade sujeita-se à LGIA: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. IMPROBIDADE. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. SEQÜESTRO CAUTELAR DOS BENS. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 83/STJ. 1. A recorrente insurge-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal, que manteve recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por improbidade administrativa relacionada a suposto esquema de corrupção constatado na Procuradoria do INSS de Mato Grosso, envolvendo o favorecimento de advogados e empresas devedoras da referida autarquia com a emissão indevida de certidões negativas de débito, ou positivas com efeitos negativos. [...] 4. **As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/1992.** [...] 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (STJ - REsp: 1122177 MT 2009/0023337-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 03/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011) (grifos nossos).

ação, também, em relação ao agente público. Assim, a pessoa jurídica devia ser responsabilizada subjetivamente nos termos da LGIA. A imputação se fazia, portanto, pela projeção, na pessoa jurídica, das condutas de determinadas pessoas físicas que atuaram com dolo ou culpa. Somente assim – subjetivamente – poderia a pessoa jurídica ser responsabilizada.

A LIPJ (Lei nº 12.846/2013), nesse sentido, ressuscitou a questão, uma vez que trata especificamente da responsabilidade da pessoa jurídica. Entende-se, nesse sentido, que as disposições específicas da LIPJ revogaram, neste aspecto, a Lei de Improbidade administrativa, passando as pessoas jurídicas a responder exclusivamente nos termos da LIPJ. Esta posição, no entanto, não é amplamente aceita. Mauro Roberto Gomes de Mattos (2015, n. p.), por exemplo, entende que a Lei de Improbidade continua plenamente vigente no que tange à responsabilidade da pessoa jurídica, o que será abordado com mais minúcia adiante.

3.2 Responsabilidade objetiva: Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas – Lei nº 12.846/2013

Conforme já mencionado, a responsabilidade objetiva é aquela que se dá independentemente da consideração das noções de culpa (*lato sensu*). Em outras palavras, não importará se o agente agiu com dolo ou culpa (*stricto sensu*) para que seja considerado responsável pela prática do ilícito, bastando o resultado e o nexo de causalidade.

Segundo a lição de José Roberto Pimenta Oliveira há a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica “quando o fenômeno da imputação não mais depender da prévia demonstração e comprovação do elemento subjetivo [...] inerente às condutas humanas que estão na base da atribuição da responsabilidade e da produção de consequências jurídicas” (OLIVEIRA, 2017, p. 27).

O ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/1992 requer, como visto, uma análise subjetiva da conduta, sendo necessário avaliar se a pessoa física agiu com dolo ou ao menos com culpa. Sendo o elemento subjetivo atinente ao próprio tipo, não há ato de improbidade da Lei nº 8.429/1992 sem dolo ou culpa.

A Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas (Lei nº 12.846/2013), integrante do sistema de responsabilização por improbidade, no entanto, inovou ao admitir expressamente a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Com isso, surgiram diversos questionamentos, que serão abordados no presente item. Para tanto, destacar-se-á neste item: (i) a superação da

responsabilidade subjetiva da Lei de Improbidade para as pessoas jurídicas; e (ii) a controvérsia doutrinária sobre a responsabilidade objetiva.

3.2.1 Superação da responsabilidade subjetiva da Lei nº 8.429/1992 para as pessoas jurídicas

Como visto, a LIPJ surge integrada ao domínio da improbidade administrativa. José Roberto Pimenta Oliveira, nesse sentido, destaca que “Em rigor, todos os ilícitos descritos na Lei nº 12.846 constituem atos de improbidade administrativa, havendo a comprovada participação de agentes públicos nos atos ilícitos” (OLIVEIRA, 2017, p. 25)¹²⁹.

A LIPJ, com seu conjunto de ilícitos, sanções e procedimentos, reorganizou o sistema de responsabilização de pessoas jurídicas por ato de improbidade. Assim, ao prever a responsabilidade objetiva, a LIPJ, em maior ou menor medida, ofereceu uma solução à então vista como problemática aplicação da LGIA às pessoas jurídicas.

Parte das críticas à responsabilidade das pessoas jurídicas nos termos da LGIA indicava que a necessidade de elemento subjetivo favorecia a impunidade, uma vez que seria extremamente difícil encontrar, no seio das empresas, o agente corruptor e avaliar o seu elemento subjetivo.

Assim, surgiu a responsabilidade objetiva como forma de garantir a imputação do ilícito. A alternativa oferecida pela LIPJ no entanto, enfrenta muita resistência no meio jurídico, havendo profunda controvérsia sobre o tema.

3.2.2 Controvérsia doutrinária sobre a responsabilidade objetiva

A Lei de Improbidade da Pessoa Jurídica, de 2013, promoveu uma alteração significativa na forma de responsabilização da pessoa jurídica no seu art. 2º: “Art. 2º As pessoas jurídicas **serão responsabilizadas objetivamente**, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não” (BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 – grifos nossos).

A responsabilização objetiva, nesse sentido, é aquela que independe de culpa e dolo, sendo suficiente, para a responsabilização, que haja um nexo causal entre a atitude do agente e o resultado obtido. É nesse sentido que a LIPJ inovou o ordenamento jurídico, prevendo que

¹²⁹ Segundo Raquel de Mattos Pimenta “A Lei Anticorrupção prevê a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública. Trata-se de uma lei que cria um microsistema de responsabilização da pessoa jurídica, com autoridades, ilícitos e sanções próprios” (PIMENTA, 2020, p. 27).

não seja considerado o elemento subjetivo para a atribuição de responsabilidade às pessoas jurídicas.

A questão, no entanto, não é pacífica e a aplicação do dispositivo é objeto de controvérsia na doutrina jurídica, conforme será visto a seguir, destacando-se a corrente favorável à aplicação da responsabilidade objetiva e a corrente contrária.

A indagação a ser feita é, nesse sentido, quanto à validade ou não da cláusula de responsabilidade objetiva da LIPJ (art. 2º).

3.2.2.1 Corrente favorável

É possível, portanto, entender que a LIPJ promoveu uma alteração substantiva no sistema de responsabilização pela prática dos atos de improbidade administrativa (OLIVEIRA, 2017, p. 26) ao prever a responsabilidade objetiva, apenas, como forma suficiente de responsabilização.

Conforme a lição de José Roberto Pimenta Oliveira (OLIVEIRA, 2017, p. 27) há uma projeção, na esfera da pessoa jurídica, das condutas de pessoas físicas (que no mundo fático agem mediante elemento subjetivo), sendo este o sentido em que se poderia falar em responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva, no entanto, ocorrerá quando o fenômeno da imputação **não depender da demonstração e comprovação do elemento subjetivo**. Veja:

No caso de pessoa jurídica, a imputação se perfaz pela projeção na sua esfera jurídica das condutas ilícitas de determinadas pessoas físicas, que atuam com dolo ou culpa. É nesse sentido que, no universo jurídico, pode-se afirmar que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada, subjetivamente.

Haverá responsabilidade objetiva da pessoa jurídica quando o fenômeno da imputação não mais depender da prévia demonstração e comprovação do elemento subjetivo acima referido, inerente às condutas humanas que estão na base da atribuição da responsabilidade e da produção de consequências jurídicas. Nestas situações, o ordenamento jurídico legitimará consequências jurídicas, independentemente de dolo ou culpa. O que se exigirá, na aplicação do direito nos casos concretos, será a demonstração e comprovação da hipótese legal – a conduta ilícita descrita na norma, em termos formais e materiais, como ofensiva e legitimadora das consequências jurídicas para a pessoa infratora – e demonstração da aplicabilidade do critério legal de imputação .

Nesse sentido, Fábio André Guaragni afirma que a Lei 12.846/2013 “não coliga os atos a pessoas físicas” (2014, p. 76). A falta de menção a pessoas físicas permitira, desse modo, estabelecer um modelo de auto-responsabilidade administrativa e civil, de modo que a

pessoa jurídica é responsabilizada por atos dela própria, e não por transferência de responsabilidade dos atos da pessoa física (hetero-responsabilidade) (GUARAGNI, 2014, p. 76).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, sobre a responsabilidade objetiva da LIPJ, destaca que “as sanções administrativas e cíveis serão aplicadas às pessoas jurídicas, independentemente de dolo ou culpa, sendo suficiente a comprovação da prática de ato lesivo tipificado na referida Lei para aplicação das respectivas sanções” (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 322). O autor destaca, nesse sentido, que a responsabilidade objetiva não é uma grande novidade no ordenamento jurídico, de modo que já encontrava previsão nos artigos 932, inciso III, e 933 do Código Civil, responsabilidade esta que se aproxima da lógica prevista no direito ambiental e na legislação antitruste. A novidade é apenas a estipulação de sanções mais severas, como a possibilidade de dissolução compulsória (NEVES; OLIVEIRA, 2020, p. 322).

Para Modesto Carvalhosa a LIPJ tem caráter nitidamente penal. Segundo o autor, o regime da responsabilização objetiva consiste na “transposição para o direito penal-administrativo da teoria da imputação objetiva [...] não mais fundado na causalidade tipo-dolo, mas na causalidade conduta-benefício procurado ou obtido pela pessoa jurídica corrupta” (CARVALHOSA, 2015, p. 37). Estaria superado, assim, o tipo subjetivo fundado no dolo ou na culpa como elemento causal.

O autor entende, nesse sentido, que não há outro caminho para a responsabilização da pessoa jurídica senão a responsabilidade objetiva. O argumento funda-se na premissa de que o atuar da pessoa jurídica é primordialmente objetivo, de modo que os elementos dolo ou culpa não se adequam à sua natureza, uma vez que ausente o fator psicológico. A pessoa jurídica visa, objetivamente, um determinado fim: a consecução do seu objeto social, sendo que nessa realização de seu objeto social ela “se conduz na conformidade da lei ou contrariamente a ela, tendo, no entanto, sempre em vista a realização do objeto pré-determinado em seu estatuto ou contrato social” (CARVALHOSA, 2015, pp. 37-41).

Assim, diferentemente das pessoas físicas, não há para a pessoa jurídica a opção de agir numa ou noutra direção, conforme seus impulsos psicológicos. Modesto Carvalhosa ressalta: “**Na pessoa jurídica não há escolhas**, ela deve sempre e unicamente agir no estrito limite de seu estatuto social” (CARVALHOSA, 2015, p. 40 – grifos nossos). A verificação do elemento subjetivo, para o autor, é impossível, por se tratar de elemento psicológico que inexiste no caso da pessoa jurídica.

Interessante destacar, portanto, que segundo este pensamento o dever de responder da pessoa jurídica surge do descumprimento da sua obrigação fundamental de atender às leis e aos princípios que regem o seu relacionamento com o poder público. Desse modo, o ilícito de corrupção da pessoa jurídica se consumaria mediante a mera conduta, como ilícito formal.

A maioria da doutrina que discorre sobre o tema, por seu turno, afasta a premissa de que a Lei nº 12.846/2013 tenha caráter penal. Para Fábio Medina Osório (2019, p. 404), nesse sentido, o legislador optou pelo sistema de repressão pela via do direito administrativo sancionador, cujos pressupostos de incidência possuem autonomia frente ao direito penal.

Segundo Felipe Peixoto Braga Netto, a objetivação da Responsabilidade Civil é uma tendência no universo jurídico, observável em fartos exemplos da legislação brasileira, o art. 2º da LIPJ é um deles, prevendo a hipótese de responsabilidade objetiva para as empresas que lesionem a administração pública nacional ou estrangeira (BRAGA NETTO, 2015, pp. 28-29).

A empresa, assim, não poderá alegar que desconhecia a conduta do funcionário e, mesmo que faça essa alegação, ela responderá pelo dano, desde que haja nexos causal ligando o ato do empregado à empresa beneficiada (BRAGA NETTO, 2015, p. 31). Conclui o autor que as mudanças em direção à responsabilidade objetiva constituem um fenômeno internacional, em claro contraste ao que ocorria no passado. Assim, olha-se menos para a culpa (*lato sensu*) e cresce a preocupação com a vítima do dano, sendo a solução da responsabilidade objetiva uma alternativa para não deixá-la desamparada (BRAGA NETTO, 2015, p. 32).

Nesse sentido, para André Pimentel Filho, a previsão de responsabilidade objetiva na LIPJ é um claro sinal de que, na responsabilização de empresas, é de extrema dificuldade prática proceder à incursão do ilícito na seara da vontade do agente. Isso, segundo o autor, gera um déficit, ou mesmo impossibilidade, de devida punição do ato ilícito. Desse modo, poderia ser admitida a responsabilidade objetiva, que tem caráter excepcional, mas não inconstitucional (PIMENTEL FILHO, 2015, p. 75).

Destaca o autor (2015, p. 78), porém, que a redação do art. 2º da LIPJ é falha, pois não exigiria que o ato seja praticado por representante legal, funcionário, procurador ou qualquer representante, bastando, na interpretação literal da lei, que o ato fosse benéfico à pessoa jurídica. A melhor solução, desse modo, seria interpretar a lei no sentido de que a responsabilidade objetiva elimina a necessidade de se demonstrar o elemento subjetivo, mas não a de demonstrar o nexos de causalidade (PIMENTEL FILHO, 2015, p. 79).

Dessa mesma forma, Fernanda Marinela, Tatiany Ramalho e Fernando Paiva, em obra conjunta sobre a LIPJ, destacam que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica depende da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do representante da empresa e o ato ilícito, sendo inclusive a quebra deste nexo de causalidade um dos fundamentos da defesa da empresa (MARINELA; RAMALHO; PAIVA, 2015, p. 67). Assim, os autores admitem a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, mas entendem que no caso da LIPJ ela não pode ser confundida com responsabilidade pelo risco integral.

Calil Simão, por seu turno, entende que a responsabilidade da pessoa jurídica nos termos da LIPJ somente existe quando os ilícitos “forem praticados em seu interesse ou benefício”. Excluiria-se a responsabilidade da pessoa jurídica, desse modo, em casos de benefício exclusivo do administrador (SIMÃO, 2019, p. 123).

3.2.2.2 Corrente desfavorável

Parte da doutrina, no entanto, argumenta que o tipo da LIPJ não dispensa o elemento subjetivo, demandando necessariamente a configuração do dolo ou da culpa. Sustenta-se, inclusive, a inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva pelo risco integral, assunto que é objeto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5261, ajuizada em 2015 perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Social Liberal (PSL), que questiona os artigos 1º, 2º, 3º, § 1º da LIPJ sob o argumento de que violariam os princípios da segurança jurídica, intranscendência das penas, razoabilidade e proporcionalidade¹³⁰.

Um dos grandes expoentes dessa corrente é Mauro Roberto Gomes de Mattos. O autor, nesse sentido, destaca que a Lei de Improbidade, antes mesmo da edição da LIPJ, já era suficiente para abranger a conduta da pessoa jurídica:

a Lei n.º 8.429/92 já era responsável pelo combate à improbidade qualificada e também é voltada para a anticorrupção estatal, sendo o ‘sujeito particular’ submetido à lei que tutela a probidade administrativa, a pessoa física ou jurídica (MATTOS, 2015, n. p.).

Assim, não caberia à LIPJ ter instaurado a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas, de modo que o legislador acabou por criar uma “antinomia jurídica” para driblar a necessidade de responsabilidade subjetiva. Veja o entendimento do autor:

o legislador criou uma antinomia jurídica, no afã de driblar a responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica quando responde pelos termos

130 Até a finalização do presente trabalho a ADI não se encontrava julgada. Consulta pelo endereço: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4730342>>, Acesso em 29/11/2020.

da Lei n.º 8.429/92, para alçá-la na responsabilidade objetiva, com base na Lei n.º 12.846/13, apesar do ilícito ser o mesmo já previsto na Lei de Improbidade Administrativa (MATTOS, 2015, n. p.).

Em síntese, resiste-se fortemente à aplicação da LIPJ sob a justificativa de que a LGIA permanece ainda plenamente aplicável à pessoa jurídica, o que se dará somente após a verificação da conduta do imputado (elemento subjetivo do tipo), sendo a Lei nº 12.846/2013 conflitante com a lei de improbidade pois procurou “fugir” da responsabilidade subjetiva, constituindo antinomia jurídica.

É importante destacar, ainda, a posição de Maurício Zockun em relevante comentário sobre a LIPJ. Entende o autor que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica nos termos da LIPJ é compatível com a Constituição (2017, p. 18). Nada obstante, entende que há um limite para a responsabilização objetiva por ilícitos cometidos por prepostos de pessoa jurídica: o direito de propriedade e liberdade, que somente podem ser tolhidos na medida da culpabilidade do agente (2017, pp. 18-19).

Nessa toada, indaga Maurício Zockun se a LIPJ de fato preveria a responsabilização da pessoa jurídica. Aduz que apesar de o art. 1º assinalar explicitamente o propósito de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, os ilícitos enumerados no art. 5º da LIPJ seriam todos de prática eminentemente subjetivas, não podendo ser efetivadas sem a constatação do elemento subjetivo das pessoas físicas envolvidas (ZOCKUN, 2017, pp. 18-20). Conclui o autor (2017, p. 20) que “o nascimento do ilícito é apurado segundo o comportamento do agente. Uma vez ocorrido este ilícito, deflagra-se a responsabilização objetiva da pessoa jurídica”.

3.2.2.3 Posição do autor

Feitos tais apontamentos, vislumbra-se que a pessoa jurídica, como entidade fictícia e inanimada, não tem vontade própria, de modo que os eventuais atos sancionados pela Lei nº 12.846/2013 são, em verdade, atos das pessoas físicas que em nome dela exercem determinada atividade¹³¹. Nesse aspecto, concorda-se com Fábio Medina Osório, segundo o qual a pessoa jurídica “pratica fatos objetivamente proibidos pela ordem jurídica, mas não se ignora que, necessariamente, **haverá uma vontade humana por trás do atuar da pessoa jurídica**” (OSÓRIO, 2019, p. 396 – grifos nossos).

¹³¹ Verifica-se que a concepção de elemento subjetivo é incompatível com a própria natureza jurídica das pessoas jurídicas, uma vez que as ideias de “vontade” e “consciência”, como conceitos lógico-estruturais de autodeterminação, estão ausentes nos entes morais.

No entanto, nos atuais modelos empresariais, há com frequência diversas dificuldades que representam empecilhos à responsabilização das pessoas jurídicas: (i) identificar quem são todas as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na prática da corrupção; (ii) identificar o vínculo entre determinada ou determinadas pessoas com a pessoa jurídica específica a ser responsabilizada; (iii) identificar o grau de conhecimento e envolvimento de dirigentes e administradores da pessoa jurídica na prática da corrupção; (iv) identificar ou desvelar a complexa trama responsável pela ocultação da forma de pagamento de vantagens indevidas e pelo recebimento do proveito da atividade ilícita; (v) identificar a forma de registro da participação da pessoa jurídica nos atos de corrupção (em seus registros internos); (vi) identificar os beneficiários totais da corrupção; (vii) identificar e comprovar o dolo nas condutas de pessoas físicas que embasam a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica.

Assim, tendo em vista as diversas dificuldades enfrentadas na responsabilização da pessoa jurídica, e que muitas condutas nitidamente ofensivas acabavam impunes, o legislador entendeu que o bem jurídico protegido pela LIPJ carecia de uma proteção especial, de forma a não deixar impunes certos comportamentos. Além da responsabilidade por improbidade dos agentes públicos e dos eventuais terceiros que participaram do ato, estabeleceram-se, desse modo, sanções também aplicáveis às próprias pessoas jurídicas com a expressa indicação de que estas últimas seriam responsabilizadas objetivamente.

A LIPJ ofereceu portanto uma solução à problemática responsabilização da pessoa jurídica nos termos da LGIA, que somente se dava em conjunto com a pessoa física, de modo a sedimentar a capacidade das pessoas jurídicas por ato de improbidade administrativa. Assim, contrastando a LIPJ com a LGIA considera-se que há distinção dos sujeitos ativos primordiais visados por cada lei – a primeira é destinada às pessoas jurídicas e a segunda, a pessoas físicas.

Entende-se, nesse sentido, justificada a responsabilização objetiva sob o argumento de que muitas vezes não é possível apontar, no caso concreto, as pessoas físicas que efetivamente agiram no seio das empresas, pois estas últimas contam atualmente com um modelo descentralizado e compartilhado de decisões e também com uma pulverização dos setores e departamentos internos. Assim, a pessoa jurídica pode manifestar uma vontade juridicamente relevante sem que seja possível identificar as pessoas físicas por trás dessa atuação. A responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, em suma, é uma resposta à complexidade e pluralidade de formas ilícitas que a corrupção pode assumir na atividade empresarial, sendo o instrumento mais efetivo para coibir os ilícitos das pessoas jurídicas.

Como visto anteriormente, a responsabilidade objetiva é amplamente aceita nos âmbitos civil e administrativo sancionador, de modo que não constitui grande novidade no ordenamento jurídico¹³². Nesse aspecto, não há que se falar em inconstitucionalidade da disposição que autoriza a responsabilidade objetiva. Do mesmo modo, não houve grande inovação da LIPJ em relação gravidade das sanções aplicadas, (possibilidade de dissolução compulsória – “pena de morte” da pessoa jurídica) uma vez que a Lei de Crimes Ambientais já continha previsão similar¹³³.

Para os efeitos da LIPJ, falar em responsabilidade objetiva significa dizer que não se exige a **comprovação** do elemento subjetivo, nem da pessoa jurídica (o que não é sequer possível) e nem da pessoa física que eventualmente agiu em seu nome.

Porém, causa discussão na doutrina o fato de que os ilícitos previstos no art. 5º da LIPJ, pela sua redação, somente se dão no mundo fático mediante um atuar comissivo permeado por elemento subjetivo, o que pode parecer contraditório com a previsão de responsabilidade objetiva do art. 2º.

Verifica-se, no caso da LIPJ, que o ato ilícito será, sem dúvida, de uma pessoa física e, pela redação do art. 5º da LIPJ, será praticado com dolo. No entanto, para a responsabilização pretendida por este sistema normativo, pouco importará demonstrar o dolo desta conduta ou sob ordem de quem ela partiu, desde que cometido em nome e em benefício da pessoa jurídica. É nisso que consiste a responsabilização objetiva da LIPJ, na desnecessidade de se demonstrar, no processo, dolo ou culpa de pessoas físicas como requisito da responsabilização.

Nesse aspecto, falar que “a ocorrência da conduta exige o dolo da pessoa física” é diferente de falar que “a responsabilização exige a comprovação do dolo da pessoa física”. Aí reside a responsabilidade objetiva da LIPJ. O ilícito somente se concretizará materialmente pela forma dolosa, pois, ante a escolha de condutas ali prevista (fato material descrito), o ato somente existirá no mundo fático mediante dolo de algum agente. No entanto, para que haja responsabilização da pessoa jurídica, dispensa-se a comprovação desse dolo¹³⁴.

132 Como visto no capítulo 2, a evolução das relações civis trouxe de fato uma relativização da culpabilidade das pessoas jurídicas estabelecendo para elas a responsabilidade objetiva como regra, o que ocorre tanto no direito civil como no direito administrativo sancionador.

133 Conforme Art. 24, está sedimentada a possibilidade de liquidação forçada: “A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

134 Em sentido contrário Sílvio Luís Ferreira da Rocha, apesar de defender que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada objetivamente, entende o autor que, pela descrição das infrações trazidas na Lei nº 12.846/2013, deve haver dolo do dirigente, empregado ou preposto para que ocorra a infração e a consequente responsabilização da pessoa jurídica, pois todas as situações hipotéticas descritas como

E, destaque-se, não se trata de imputar à pessoa jurídica fato de terceiro, pois a conduta que ensejará responsabilidade é aquela praticada em nome e em benefício da pessoa jurídica. Haverá, portanto, para a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, a necessidade de comprovação do nexo causal entre a conduta do representante da empresa e o ato ilícito. Tal critério de imputação é de extrema importância – significa que a atuação ímproba resultará em alguma utilidade para a pessoa jurídica ou que a pessoa jurídica tem interesse juridicamente passível de ser atendido através da prática ímproba.

Entende-se, nesse sentido, no caso da responsabilização da pessoa jurídica nos termos da LIPJ, que a ação ocasionou um desequilíbrio em determinada relação, que deveria ser pautada pelo objeto social da empresa, o que enseja um contrabalanço por parte do agente. A responsabilização ocorre, com efeito, não por uma reprovação da ação, mas, fundamentalmente, porque a prática desbalanceou uma relação, sendo preciso responsabilizar o evento. Nesse sentido, sendo exigível da pessoa jurídica um comportamento voltado para o direito, é razoável que a lei estabeleça sistemas de responsabilidade objetiva. Entende-se, desse modo, plenamente possível sancionar de forma objetiva, desde que tal isso derive de previsão legal concreta.

Destaca-se no entanto, que esta responsabilidade objetiva admite exclusões. As excludentes de responsabilidade objetiva de comumente aceitas são o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e a culpa da vítima, uma vez que tais excludentes afastam a autoria ou o nexo de causalidade. A pessoa jurídica não poderá, nesse sentido, ser responsabilizada por atos de terceiros (outras pessoas físicas ou jurídicas com as quais não tem nenhuma relação jurídica, sendo estas responsáveis pela conduta ímproba). A pessoa jurídica não pode, no entanto, alegar que foi obrigada a praticar corrupção, por motivos de força maior ou caso fortuito. Se praticou atos ímprobos deve a pessoa jurídica responder.

Além disso, bem destacou Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que no caso de fusões os incorporações a empresa sucessora estará restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano até o limite do patrimônio transferido não lhe sendo aplicáveis as demais sanções decorrentes de fatos anteriores à fusão (FERREIRA DA ROCHA, 2018, p. 36).

3.2.3 Programas de integridade na responsabilização de pessoas jurídicas

infrações revelam a intenção preordenada do agente de lesar a moralidade, a igualdade e a impessoalidade (FERREIRA DA ROCHA, 2018, p. 34).

Feita a análise dos aspectos relevantes conectados à responsabilidade na LIPJ, cabe destacar o programa de integridade nos termos apresentados pela Lei nº 12.846/2013 e pelo Decreto Federal nº 8.420/2015, bem como a discussão doutrinária a respeito de sua influência na responsabilização da pessoa jurídica.

3.2.3.1 Definição de programa de integridade

O programa de integridade, internacionalmente conhecido como *compliance*¹³⁵, foi introduzido pela Lei nº 12.846/2013 e assim denominado pelo Decreto Federal nº 8.420/2015, que regulamentou a questão.

Entende-se que ele tem a finalidade de reafirmar e disseminar a ética nas atividades empresariais, por meio de instrumentos, no âmbito da pessoa jurídica, que visem (i) a detecção; (ii) a prevenção; e (iii) a remediação de atos ilícitos cometidos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira (LIMA, 2018, p.64). Ana Júlia Vaz de Lima conclui que ambas as denominações, programa de integridade ou *compliance*, “correspondem a microssistemas jurídicos inseridos no âmbito empresarial para garantir a conformidade com normas vigentes no ordenamento jurídico no qual se inserem [...] bem como disseminar a cultura da ética nas suas atividades” (LIMA, 2018, p. 69).

No ordenamento jurídico brasileiro a LIPJ determinou, em seu art. 7º, inciso VIII¹³⁶, que a aplicação das sanções nela constantes deve levar em conta a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, ao tempo em que determina, em seu parágrafo único, que “Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal” (BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

Em atendimento ao mandamento do art. 7º, parágrafo único, da LIPJ, editou-se o Decreto nº 8.420/2015, que pormenorizou temas antecipados pela Lei nº 12.846/2013, tratando portanto sobre (i) o processo de responsabilização administrativa; (ii) o cálculo da multa; (iii) a celebração do acordo de leniência; (iv) o programa de integridade; (v) o Cadastro

135 Segundo Ana Júlia Vaz de Lima, o termo, na língua inglesa, vem do verbo “to comply” que significa “obedecer a uma regra ou pedido”. Bem destaca a autora, nesse sentido, que traz o sentido de cumprir, estar em conformidade e que apesar de não haver tradução exata para o português, refere-se ao rigoroso cumprimento de regras e leis (LIMA, 2018, p. 63).

136 “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

Assim, o Decreto nº 8.420/2015 definiu em seu art. 41¹³⁷ o programa de integridade, no âmbito de uma pessoa jurídica, como um cotejo entre: (i) o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades; e (ii) a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Juliano Heinen (2015, p. 177) conceitua o programa de integridade como “prática que impõe às pessoas jurídicas aderência à lei e às boas práticas, inclusive aquelas dispostas em códigos de ética interna às empresas”.

José Roberto Pimenta Oliveira (2017, p. 35) aduz que a expressão programa de integridade sintetiza “todo o conjunto de estrutura administrativa própria, procedimentos e sistemas internos da pessoa jurídica para prevenir, detectar, apurar, monitorar, eliminar e punir a possibilidade ou a efetiva ocorrência de prática dos atos lesivos tipificados na lei”.

3.2.3.2 Efeitos do programa de integridade na responsabilização

Segundo o art. 18, inciso V, do Decreto nº 8.420/2015¹³⁸, o programa de integridade, caso existente e aplicado no seio da pessoa jurídica, implica numa redução do valor da multa a ser eventualmente infligida, redução esta que será na monta de 1,0% a 4,0% do valor do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo de responsabilização, excluídos os tributos.

Entretanto, apesar da previsão legal, há uma corrente doutrinária que entende ser possível a exclusão da responsabilidade caso a pessoa jurídica detenha um programa de integridade efetivo. Parte da doutrina, nesse sentido, defende que o programa de integridade,

137 “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015).

138 “Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: [...] V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV” (BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015).

quando comprovadamente bem estruturado, atendendo todos os requisitos legais, tem o condão de afastar por completo a responsabilidade da pessoa jurídica.

O argumento vai no sentido de que, quando a pessoa jurídica toma todas as providências possíveis para evitar os atos lesivos à Administração Pública previstos na LIPJ, teria a sua responsabilidade excluída, uma vez que não disporia de outros meios para controlar os atos dos particulares que eventualmente possam dar cabo à ocorrência do ilícito. A Responsabilidade objetiva, nesse caso infringiria o princípio da proporcionalidade, pois estaria sancionando-se a pessoa jurídica por um ato impossível de controle.

Fábio André Guaragni, por exemplo entende que “é possível a construção de exculpantes derivadas da inexistência de déficit organizacional preventivo do evento danoso, ainda que a lei não as refira” (GUARAGNI, 2014, p. 96).

Outra corrente doutrinária entende que a existência de um programa de integridade válido e eficiente é um fator que mitiga a sanção por ato previsto na LIPJ. O argumento vai no sentido da previsão legal do art. 7º, inciso VIII, da LIPJ¹³⁹, consubstanciando um prêmio às entidades que se mostrarem engajadas no combate à corrupção, de modo a reduzir o valor da multa a ser aplicada.

José Roberto Pimenta Oliveira (2017, p. 35) entende que o funcionamento regular do programa de integridade poderá reduzir o conteúdo sancionatório devido pela lesão. Nesse sentido, de forma contrária à corrente que entende pela exclusão da responsabilidade, aduz que a lei brasileira “acolheu uma diretriz de positivação de objetivação máxima, pois não permite que programas de integridade [...] possam servir de obstáculos à responsabilização civil” (OLIVEIRA, 2017, p. 35). Isso se justifica pelo fato de que mesmo o programa de integridade existindo e sendo eficiente, continuariam preenchidos os pressupostos da responsabilidade, no caso, a lei determina que as pessoas jurídicas são responsabilizadas objetivamente.

No mesmo sentido, Rogério Sanches Cunha e Renee Souza, em obra conjunta sobre a LIPJ, aduzem que a adoção de programas de integridade ou *compliance* não leva à isenção da responsabilidade pelo ato ilícito: “um compliance efetivo não tem o condão de quebrar o nexo causal, mas tão somente autoriza a atenuação das sanções cabíveis” (CUNHA; SOUZA, 2017, p. 28).

139 “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.).

Ana Júlia Vaz de Lima também entende que o programa de integridade eficaz traz a “redução de eventual sanção” (LIMA, 2018, p. 169). No entanto, merece destaque e concorda-se com a posição da autora segundo a qual o programa de integridade “impede a aplicação máxima de punição em desfavor da pessoa jurídica, qual seja, a sua dissolução compulsória” (LIMA, 2018, p. 169).

Entende-se, nesse sentido, que admitir a exclusão da responsabilidade no caso de programa de integridade eficaz colocaria, por consequência, a inexistência de programa de integridade eficiente como um dos requisitos de responsabilização.

Assim, aceitar a exclusão total da responsabilidade, quando há programa de integridade eficaz, implicaria em admitir que a LIPJ estaria a sancionar a deficiência na organização das pessoas jurídicas. Em outras palavras, seriam impostas sanções à empresa por ela não ter um programa de integridade (ou por ter um ineficiente).

Ana Cláudia de Paula Albuquerque, em trabalho sobre o tema, destaca muito bem que a LIPJ e o Decreto que a regulamenta relacionam os mecanismos de controle de integridade de atuação da pessoa jurídica apenas como atenuante da sanção. Assim, a comprovação de que a pessoa jurídica agiu com o devido cuidado não se resume à adoção de um programa de integridade: “a demonstração da cultura de organização da empresa não está atrelada necessariamente à existência e à implementação de programas de integridade” (ALBUQUERQUE, 2015, p. 117).

Interessante destacar, ainda, que a autora entende que a pessoa jurídica poderá ser isenta de responsabilização caso tenha tomado todas as providências possíveis para evitar o acontecimento. Isso, porém, será aferido independentemente da existência de programa de integridade, mas a partir da postura empresarial da pessoa jurídica. Assim, para agir conforme o direito, a organização da empresa não se resume à implementação de programas de integridade, vai além, sua atuação conforme o direito é revelada por sua cultura corporativa, planejamento estratégico de atuação, posicionamento e conduta empresarial nas relações com o setor público. Os defeitos de organização que eventualmente levem a um ilícito, devem ser analisados caso a caso (ALBUQUERQUE, 2015, pp. 117-118).

3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva na dosimetria das sanções

Feitas as observações acerca das exigências para a caracterização do ato como ímprobo, tanto no caso da pessoa física quanto da pessoa jurídica, importa tratar, ainda, dos

fatores de dosimetria das sanções previstas nas leis nº 8.429/1992 e nº 12.846/2013, o que será feito a seguir.

Convém destacar, nesse sentido, que, como aspecto preventivo da corrupção, a sensação de efetividade das sanções é de extrema importância no combate ao flagelo. Segundo Emerson Garcia, “o combate à corrupção está entrelaçado à perspectiva de efetividade das sanções cominadas” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 71). É indiscutível, nesse aspecto, que a certeza e rigor das sanções cominadas funciona como elemento que inibe a prática da corrupção. Daí a importância de trazer os aspectos relativos ao tema.

3.3.1 Responsabilidade subjetiva e dosimetria de sanções na Lei nº 8.429/1992

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVI¹⁴⁰, confere as bases da individualização das sanções. Trata-se de uma garantia constitucional segundo a qual a pena deve ser individualizada, ou seja, aplicada de acordo com as particularidades do caso concreto. No direito criminal, a individualização da pena passa por diversos critérios de análise, com condições objetivas de aplicação da pena, constituindo imperativo cuja inobservância resulta em nulidade da condenação.

Entende-se, todavia, que a garantia de individualização da sanção é imposta não só ao direito penal, mas a qualquer regime sancionatório. Dessa forma, a individualização da sanção por ato de improbidade também está intimamente ligada ao direito fundamental indicado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição.

Vale retomar (*cf.* 1.3), nesse sentido, que a Lei de Improbidade traz em seu art. 12 as sanções para os atos previstos nos artigos 9º, 10, 10-A e 11. No art. 12 a forma de sancionamento está exposta em quatro blocos distintos, prevendo, separadamente, as sanções para os atos dos artigos 9º, 10, 10-A e 11 respectivamente nos incisos I, II, III e IV do art. 12. Em cada inciso, no entanto, estão enumeradas sanções que diferem entre si¹⁴¹. Com isso, coloca-se há algum tempo, no meio jurídico, a questão de saber se as sanções discriminadas em cada um dos incisos devem ser sempre aplicadas em bloco, isto é, de maneira cumulada,

140 “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

141 As sanções podem ser resumidas em seis espécies distintas: (i) perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) pagamento de multa; e (vi) proibição de contratar com o poder público ou dele receber incentivos fiscais.

ou se existe a possibilidade de o juiz escolher, entre as sanções possíveis, aquelas que serão efetivamente aplicadas no caso concreto.

Entende-se, nesse sentido, que a Lei de Improbidade, até mesmo por admitir apenas a responsabilização subjetiva, fundada na valoração da conduta do agente, demanda também a dosimetria da sanção. Alinha-se, nesse sentido, à posição de Emerson Garcia, segundo o qual a subsunção de determinada conduta ao padrão normativo da LGIA levará em conta (i) o fato de que as condutas apresentam-se no mundo fático com distinções; (ii) que as condutas podem variar conforme a intensidade do elemento subjetivo que as deflagrou; (iii) peculiaridades dos sujeito ativo e passivo; (iv) conjuntura do momento da prática; (v) dimensão dos danos causados; e (vi) o reflexo que a conduta gerou perante o organismo social (GARCIA; ALVES, 2017, pp. 728-729).

No entanto, verifica-se que a Lei de Improbidade não trouxe contornos legislativos específicos e expressos que possibilitassem a aplicação da sanção da forma adequada. A inexistência de preceitos normativos que permitam identificar a adequação da sanção à conduta, desse modo, impõe o estabelecimento de parâmetros, o que é feito com base na **proporcionalidade**.

Assim, é possível identificar a proporcionalidade entre sanção e ilícito a partir da análise do elemento volitivo do agente dentre outros fatores de dosimetria. O elemento volitivo na prática da conduta poderá indicar a eventual inadequação da aplicação de uma ou algumas das sanções cominadas. Deve haver, portanto, a verificação da compatibilidade entre as sanções, o fim visado pela lei, e o ilícito praticado, o que redundará no estabelecimento de um critério de proporcionalidade.

É irretocável, nesse sentido, a lição de Emerson Garcia, segundo a qual há que se diferenciar o agente que age frontalmente em desacordo com a lei daquele que o faz em razão de uma valoração inadequada dos fatos. Veja:

o agente cujos atos sejam informados por um elemento volitivo frontalmente dirigido a fim diverso daquele previsto em lei apresentar-se-á em situação distinta daquele que tiver seu obrar intitulado de ilícito em virtude de uma valoração inadequada dos pressupostos do ato ou dos fins visados. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 734)

O que se vê, portanto, é que elemento subjetivo e culpabilidade podem também servir como fatores de dosimetria das sanções. Não resta dúvida, desse modo, em relação à manifesta obrigatoriedade de observância do instituto da individualização das sanções na seara da improbidade administrativa.

É pacífico no STJ, nesse sentido, o entendimento de que o magistrado pode aplicar todas as penalidades previstas para o ato, ou dosá-las de acordo com a gravidade da conduta: “O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração”¹⁴².

Desse modo, destaca-se que no caso do art. 10 da LGIA, será possível estabelecer ao ato culposo a aplicação de sanções mais brandas, uma vez que o resultado ilícito não foi deliberadamente visado pelo agente.

3.3.2 Responsabilidade objetiva e dosimetria de sanções na Lei nº 12.846/2013

Em relação às pessoas jurídicas, a dosimetria da sanção revela-se igualmente necessária na atividade sancionadora, tendo em vista a disposição constitucional do art. 5º, inciso XLVI.

No entanto, na responsabilização da pessoa jurídica por ato de improbidade há a previsão expressa da responsabilidade objetiva, conforme os termos da Lei nº 12.846/2013. Assim, há uma dificuldade prática de analisar o comportamento da pessoa jurídica em relação ao fato sancionável, uma vez que, apesar de dotada de personalidade, sua vontade é expressa fundamentalmente pelo atuar de pessoas físicas.

Não obstante, a garantia constitucional de individualização da sanção permanece aplicável, mesmo ante a responsabilidade objetiva. Assim, ante a desnecessidade de discussão acerca do elemento subjetivo da conduta (responsabilidade objetiva) é possível afirmar, como consequência lógica, que o elemento subjetivo e a culpabilidade não serão fatores que interferem na dosimetria. Os fatores de dosimetria da sanção para a pessoa jurídica, portanto, são outras.

¹⁴² Entendimento retirado da publicação periódica *Jurisprudência em Teses*: tese nº 13 da edição nº 40, de 2 de setembro de 2015. Precedentes: AgRg no AREsp 538656/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 239300/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 01/07/2015; REsp 1091420/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014; REsp 1416406/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014; REsp 1324418/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 25/09/2014; REsp 1280973/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 07/05/2014; AgRg no REsp 1305243/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013; AgRg nos EDcl no AREsp 33898/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2013, DJe 09/05/2013. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 560)

Foi desse modo que o art. 7º da LIPJ trouxe as hipóteses de dosimetria da sanção, destacando nove fatores que devem ser levados em conta: (i) a gravidade da infração; (ii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iii) a consumação ou não da infração; (iv) o grau de lesão ou perigo de lesão; (v) o efeito negativo produzido pela infração; (vi) a situação econômica do infrator; (vii) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; (viii) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e (ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

É nesses termos, portanto, que será aferido o critério de proporcionalidade em relação aos atos ímprobos das pessoas jurídicas. Estes mesmos fatores são igualmente de observância obrigatória na aplicação da LGIA, relativamente às pessoas jurídicas passíveis de responsabilização.

Destaca-se, nesse sentido, que o mandamento do art. 7º da LIPJ foi detalhado por meio da edição do Decreto nº 8.420/2015, tratando, em linhas gerais, sobre (i) o processo administrativo de responsabilização; (ii) o cálculo da multa; (iii) a celebração do acordo de leniência; (iv) o programa de integridade; (v) o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

É importante destacar que o art. 7º da LIPJ deixou grande margem de apreciação para a dosimetria da sanção pela Administração Pública, trata-se de discricionariedade prevista na lei e reduzida ao nível infralegal por meio da regulamentação. Vale dizer: não pode a administração deixar de dosar a pena caso a pessoa jurídica atenda aos pressupostos legais determinados, nem mesmo pode a Administração promover a dosagem da pena fora dos padrões legais.

A partir do Decreto, entende-se que o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), terá como objetivo apurar a infração da pessoa jurídica. Após a apresentação da defesa e caso confirmado o cometimento do ilícito, será dosada a sanção. A multa a ser aplicada, conforme art. 20 do Decreto nº 8.420/2015, não poderá ser menor que a vantagem recebida e maior que 20% do faturamento bruto do exercício anterior. Alguns fatores, no entanto, influenciam a composição da multa, sendo alguns deles atenuantes, descritos nos artigos 17 e 18 do Decreto nº 8.420/2015.

O art. 17 descreve percentuais que serão adicionados em caso de determinadas ocorrências, de modo que o percentual total dos parâmetros poderá atingir até 20% do

faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos. As hipóteses podem ser assim resumidas: (i) continuidade atos lesivos: 0% ou de 1,0 a 2,5%; (ii) ciência do corpo diretivo da pessoa jurídica: 0% ou de 1,0 a 2,5%; (iii) interrupção de serviço ou obra: 0% ou de 1,0 a 4,0%; (iv) situação econômica da pessoa jurídica – índices de liquidez e de solvência: 0% ou 1,0%; (v) reincidência: 0% ou 5%; e (vi) valor do contrato: 0% ou de 1,0 a 5%.

O art. 18, por seu turno, determina parâmetros atenuantes a serem levados em consideração na dosimetria da multa de modo que, somados, podem atingir no máximo uma subtração de 10% do valor da multa. De forma resumida os critérios que devem ser utilizados como atenuantes da multa são: (i) não consumação da infração: 0% ou -1,0%; (ii) comprovação de ressarcimento do dano: 0% ou -1,5%; (iii) grau de colaboração da pessoa jurídica: 0% ou de -1,0 a -1,5%; (iv) comunicação espontânea do ilícito: 0% ou -2,0%; e (v) programa de integridade: 0% ou de -1,0 a -4,0%.

Cuida-se, portanto, de seis fatores que incrementam o valor da multa e de cinco fatores que são capazes de atenuar o valor desta. Dentre estes últimos, está o já mencionado programa de integridade (*cf.* 3.2.3), que, caso existente e eficaz, será capaz de atenuar a multa em até 4,0%.

Critica-se, no entanto, o pequeno potencial de atenuação da multa dos programas de integridade. Nitidamente, o programa de integridade feito com seriedade é algo complexo, que demanda análises e investimentos por parte da empresa. O percentual reduzido conferido aos programas de integridade, nesses termos, não incentiva de forma apropriada a sua adoção no âmbito empresarial.

CONCLUSÃO

O tema da responsabilidade no sistema de improbidade administrativa passou por significativas mudanças e avanços ao longo das quase três décadas que vigora no ordenamento jurídico brasileiro. Significativas alterações normativas aperfeiçoaram o rol de atos de improbidade e a forma de responsabilização, o que não ocorreu sem o surgimento de diversas controvérsias e questionamentos. O aperfeiçoamento da matéria ocorre, não só a partir dos compromissos internacionais de combate à corrupção firmados pelo Brasil, mas também do clamor pelo adequado trato da coisa pública. Cumpre destacar a seguir as principais ideias que permeiam a compreensão abordada na presente dissertação.

1) No sistema de responsabilização por ato de improbidade admite-se, para a pessoa física, a responsabilidade subjetiva e, para a pessoa jurídica, a responsabilidade objetiva.

A pessoa física será responsabilizada subjetivamente nos termos da Lei nº 8.429/1992. Significa dizer que o agente responderá pelo resultado ao qual deu causa na exata medida de sua culpabilidade, pressupondo-se a existência do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para que a conduta seja considerada ato de improbidade. Atualmente, é possível afastar qualquer noção de responsabilidade objetiva de pessoas físicas, estando superada a concepção nesse sentido que outrora se vislumbrava em alguns acórdãos no âmbito do STJ.

A pessoa jurídica, por seu turno, será responsabilizada objetivamente nos termos da Lei nº 12.846/2013. Trata-se de um caso excepcional e significa dizer que as noções de elemento subjetivo (dolo e culpa) e culpabilidade não serão consideradas para que o ato seja enquadrado como de improbidade administrativa. O advento da Lei nº 12.846/2013 permitiu ainda uma forma própria para a responsabilização da pessoa jurídica, que não mais deve ser enquadrada nas disposições da Lei nº 8.429/1992.

2) A responsabilidade subjetiva por ato de improbidade está fundada no elemento subjetivo do agente e na reprovabilidade do ato ímprobo.

Admitir responsabilidade subjetiva como necessária para a concretização do ilícito de improbidade implica em duas exigências, que devem ser analisadas separadamente, em dois níveis distintos: (i) no plano da tipicidade, há a necessidade de elemento subjetivo (dolo ou culpa *stricto sensu*) vinculado à prática do ilícito; e (ii) no plano da culpabilidade, há a necessidade de que a conduta seja reprovável no caso específico do agente.

Em relação à exigência de elemento subjetivo, há, apenas no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 a previsão expressa da admissão de condutas dolosas e culposas. Porém, apesar de

a Lei nº 8.429/1992 ser silente em muitos aspectos, é possível extrair que a intenção do legislador foi tipificar condutas dolosas nos artigos 9º, 10-A e 11 bem como dolosas e culposas no art. 10. A doutrina jurídica, no entanto, ainda discute intensamente a matéria havendo posições divergentes.

Em relação à exigência de culpabilidade (enquanto reprovabilidade) há o silêncio completo da Lei nº 8.429/1992. Não obstante, trata-se ainda de matéria pouco discutida na doutrina jurídica e solucionada frequentemente mediante o empréstimo de institutos do direito penal. Entretanto, a falta de uma teoria própria da culpabilidade na improbidade administrativa revela-se problemática por dois pontos de vista: (i) do teórico, pois possibilita a utilização do conceito de má-fé enquanto elemento da improbidade administrativa; e (ii) do prático, pois enseja insegurança jurídica.

Verifica-se, ainda, que elemento subjetivo e culpabilidade terão importante papel também na dosimetria da sanção a ser aplicada à pessoa física que será fixada e dosada segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.

3) O elemento subjetivo para o ato de improbidade previsto no art. 9º será o dolo. Na classificação dolo genérico – dolo específico, entende-se, a título geral, suficiente para a concretização do ato do art. 9º o dolo genérico. No entanto, caso o acusador queira processar o agente nos termos dos incisos II, III, V, VI, IX e X, exige-se o dolo específico do agente, sendo necessária a prova de que o ato se deu mediante a sua finalidade específica prevista no tipo, o que não ocorrerá, no entanto, nos casos do *caput* e demais incisos do art. 9º. Na classificação dolo direto – dolo indireto, entende-se que ambos os conceitos são aplicáveis a título geral. No entanto, analisando as hipóteses dos incisos do art. 9º, entende-se que a modalidade prevista no inciso V, quando enquadrada na premissa de “aceitar promessa de tal vantagem”, bem como as previstas nos incisos VII e VIII, não comporta, o dolo indireto eventual.

O elemento subjetivo para o ato de improbidade previsto no art. 10 será o dolo ou a culpa. Na classificação dolo genérico – dolo específico, entende-se suficiente para a concretização do ato do art. 9º o dolo genérico. Na classificação dolo direto – dolo indireto, entende-se que ambos os conceitos são aplicáveis. Excepcionalmente, aceita-se a responsabilização mediante culpa *stricto sensu*, admitindo-se as formas culpa consciente ou inconsciente desde que gravemente desidiosas (sob o signo da culpa grave). Analisando-se as condutas descritas nos incisos do art. 10, verifica-se, no entanto, que as condutas dos incisos X e XIX são compatíveis apenas com a modalidade culposa. Ainda, no caso do art. 10 da

LGIA, será possível estabelecer ao ato culposo a aplicação de sanções mais brandas do que para o ato doloso. Assim, somente a ausência de possibilidade de previsibilidade teria o condão de afastar a tipificação do ato de improbidade do art. 10.

O elemento subjetivo por ato de improbidade previsto no art. 10-A será o dolo. Na classificação dolo genérico – dolo específico, entende-se suficiente para a concretização do ato do art. 9º o dolo genérico. Na classificação dolo direto – dolo indireto, entende-se que ambos os conceitos são aplicáveis.

O elemento subjetivo por ato de improbidade previsto no art. 11 será o dolo. Na classificação dolo genérico – dolo específico, entende-se suficiente para a concretização do ato do art. 9º o dolo genérico. Na classificação dolo direto – dolo indireto, entende-se que ambos os conceitos são aplicáveis.

Sem prejuízo, conclui-se que as mudanças pretendidas pelo PL nº 10.887, de 2018, apresentado pelo Deputado Federal Roberto de Lucena, segundo a última versão do PL substitutivo apresentada pelo Deputado Federal Relator em 21/10/2020, mostram-se temerárias, principalmente aquelas que pretendem (i) extirpar a previsão do art. 11 da LGIA; (ii) prever o dolo específico para a concretização do ato de improbidade; e (iii) revogar a modalidade culposa de responsabilização nos termos da LGIA. Tais alterações representam um verdadeiro retrocesso no combate à corrupção e, se concretizadas, inaugurarão um sistema ineficiente de tutela do patrimônio público, causando um sério risco de retorno ao sistema legislativo pouco eficaz que vigorava acerca da matéria antes da Constituição de 1988 (Leis Pitombo-Godoy Ilha e Bilac Pinto).

4) A Lei nº 8.429/1992 e a Lei nº 12.846/2013 integram um mesmo domínio punitivo, de modo que a pessoa física deverá ser responsabilizada nos termos da primeira e a jurídica nos termos da segunda. Deve ser abandonado, nesse sentido, o entendimento que outrora vigorava acerca da possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica nos termos da Lei nº 8.429/1992, pois a Lei nº 12.846/2013 atualmente versa de maneira específica sobre a matéria. Reconhece-se, outrossim, que há corrente doutrinária significativa que se manifesta pela aplicação concomitante da Lei nº 8.429/1992 e da Lei nº 12.846/2013 (considerada um tipo de responsabilidade administrativa ou, mesmo, um novo sistema de responsabilização) aos mesmos fatos em face da pessoa jurídica envolvida na prática corruptiva, e por esta razão, o trabalho consignou uma abordagem da responsabilidade subjetiva e objetiva da pessoa jurídica no domínio da improbidade.

5) A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica nos termos da LIPJ é constitucional e se dá sem a necessidade de comprovação do elemento subjetivo. Não se trata de grande inovação no ordenamento jurídico, uma vez que é amplamente aceita, em relação às pessoas jurídicas, nos âmbitos do direito civil e direito administrativo sancionador. A responsabilidade objetiva, implicará na desnecessidade de se demonstrar, no processo, dolo ou culpa de pessoas físicas como requisito da responsabilização.

É indispensável, no entanto, para a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, a necessidade de comprovação da imputação da ação ilícita de determinada pessoa física à pessoa jurídica acusada, que tenha praticado tal conduta em benefício ou no interesse, exclusivo ou não, da pessoa jurídica. É de extrema importância, portanto, tal critério de imputação, pelo qual a atuação ímproba resultará em alguma utilidade para a pessoa jurídica, em situação em que a pessoa jurídica tem interesse juridicamente passível de ser atendido através da prática ímproba. Este interesse juridicamente atrelado à pessoa jurídica é o que justifica que esta promova o indispensável controle interno de sua atuação, para que não haja prática de improbidade nas suas relações com órgãos e entidades que compõe a organização do Estado, considerando que a ordem jurídica tutela a probidade como valor fundamental da República.

6) A existência de programa de integridade válido e eficaz acarretará na atenuação da penalidade imposta à pessoa jurídica. Não se pode presumir o programa de integridade válido e eficaz como uma forma de exclusão total da responsabilidade da pessoa jurídica pois isso implicaria em admitir que a Lei nº 12.846/2013 estaria a sancionar a deficiência na organização das pessoas jurídicas. Em outras palavras, seriam impostas sanções à empresa por ela não ter um programa de integridade (ou por ter um ineficiente). Entretanto, entende-se que o pequeno potencial de atenuação da multa dos programas de integridade (até 4,0% de redução) não incentiva de forma adequada a sua adoção pela empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, Murilo Thomas; SATO, Camila Yano. Responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas na lei nº 12.846/13: o interesse como critério normativo e o conflito de interesses como objeto de compliance. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Salvador, v. 4, n. 1, pp. 39-55, jan/jun. 2018.

AMORIM JÚNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. **Improbidade administrativa**: sanções e aplicação racional. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

BONELLI, Claudia Elena; JALES, Tulio. **O elemento subjetivo na Lei de Improbidade Administrativa (LIA)**. Publicado em 22/06/2020. Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/em-pauta/o-elemento-subjetivo-na-lei-de-improbidade-administrativa-lia/>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado visto como vítima de atos lesivos. In: **Lei anticorrupção**. SOUZA, Jorge Munhos; DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5**. Brasília, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei (PL) nº 10.887, de 2018. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **PL Substitutivo 10.887/2018**. Apresentado pelo Deputado Federal Relator Carlos Zarattini (PT/SP) em 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=73F9A16C741E9D501271EA1A992DB3B9.proposicoesWebExterno2?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+10887/2018>. Acesso em: 08 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%208.420%2C%20DE%2018,estrangeira%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 (1969). **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm#:~:text=S%C3%A3o%20Pod%C3%A3es%20da%20Uni%C3%A3o%2C%20independentes,poder%C3%A1%20exercer%20a%20de%20outro>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957**. Brasília, 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3164.htm>. Acesso em: 15/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958**. Brasília, 1958. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm>. Acesso em: 15/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 15/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 15/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 15/11/2020.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica nº 4-2020**. Projeto de Lei Substitutivo – PL nº 10.887/2018: Análise de pontos críticos. 2020. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT4.2020AnalisedePontosCriticos.PL10.887.20.pdf>

>. Acesso em: 06 dez. 2020.

BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. **Direito Penal**: Parte geral. Barueri/SP: Manole, 2012.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **Ação por improbidade administrativa**: críticas e proposições. 2010. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Orientador: Professor Doutor Donaldo Armelin, São Paulo, 2010.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais. **Revista Síntese Direito Administrativo**, São Paulo, nº 141, ano XII, Edição Especial – 25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa, pp. 253-274, set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral arts. 1º a 120, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, volume 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Limites constitucionais à lei de improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Raphael de Matos. **A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade administrativa e por atos lesivos à Administração Pública**. 2017. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientação: Professor Doutor José Roberto Pimenta Oliveira, São Paulo, 2017.

CARDOSO, Raphael de Matos. A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado sob a perspectiva do direito administrativo sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito administrativo sancionador**: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARREIRO, Genilson Rodrigues. Da mera voluntariedade ao erro grosseiro: o art. 28 da Lei 13.665/2018 e os seus reflexos no direito administrativo sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito administrativo sancionador**: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

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

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: lei n. 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **CADE: o oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientação: Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita, São Paulo, 2014.

CAVALCANTI, Vitor Mageski. **A capacidade resolutiva da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em temas atuais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientação: Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSTITUIÇÃO da junta militar imposta em 1969. 2002. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=266569>> Acesso em: 23 jun. 2020.

COSTA, Marcelo Freira Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**: leitura constitucional, civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. **Lei anticorrupção empresarial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DE FREITAS, Vladimir Passos. **O poder judiciário no regime militar (1964-1985)**. Curitiba: Versão para Kindle, 2012.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O limite da improbidade administrativa**: o direito dos administrados dentro da Lei 8.429/92. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DE MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**: fundamentos, características, conceituação, forma e procedimento de reparação. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

DE MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: As sanções administrativas à luz da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DE SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. **Revista Jurídica ESMP-SP**, São Paulo, v. 14, a. 7, pp. 123-132, jul-dez. 2018.

DELLA ROCCA, Lady Anne de Paula Santos. **Dano moral coletivo decorrente de atos de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: 2017. Disponível em: <<http://www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/lady-rocca.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 19, n. 2, pp. 305-318, mai-ago. 2018. Disponível em: <ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/download/594/291>. Acesso em: 28 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I.

DO NASCIMENTO, Thomas Bryann Freitas. **Análise da constitucionalidade da nova modalidade de Improbidade Administrativa (Art. 10-A da Lei 8.429/92)**. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/analise-da-constitucionalidade-da-nova-modalidade-de-improbidade-administrativa-art-10-a-da-lei-8-429-92/>> Acesso em: 25 nov. 2020.

DOS SANTOS, Flávia Chiquito. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. Orientação: Professor Doutor Diogo Rosenthal Coutinho, São Paulo, 2014.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo. **Improbidade administrativa**: aspectos teóricos e práticos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

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

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**: de acordo com a lei de responsabilidade fiscal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. **Lei Anticorrupção**. São Paulo: versão para Kindle, 2018.

FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211&tlng=pt>. Acesso em: 01 dez. 2020.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FIQUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson. A relevância da má-fé no delineamento da improbidade administrativa. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, pp. 47-65, jul-set. 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista59/revista59_47.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2020.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GUARAGNI, Fábio André. Comentários aos artigos 1º a 4º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). **Lei anticorrupção**: Comentários à Lei 12.846/2013. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção**: Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o art. 3º da Lei n. 8.429/1992. In: JORGE, Flávio Cheim et al. **Temas de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010.

KNACK, Diego. **Um tribunal de exceção na ditadura: as investigações do sistema CGI e o combate à corrupção (1968-1978)**. 2019. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em História Social, Instituto de História. Rio de Janeiro. Orientador: Professor Doutor Carlos Fico, Rio de Janeiro, 2019.

LIMA, Ana Clara Viana Soares. **Ação popular como instrumento da cidadania**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientação: Professora Doutora Maria Garcia, São Paulo, 2019.

LIMA, Ana Júlia Vaz de. **Programa de integridade e a lei nº 12.846/2013**: o compliance na lei anticorrupção brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 2: obrigações. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAIRAL, Hector A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção ao invés de combatê-la. Tradução Susan M. Beherends Kraemer. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany; PAIVA, Fernando. **Lei anticorrupção**: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da lei anticorrupção (lei n.º 12.846/13) com a lei de improbidade administrativa (lei n.º 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 23, n. 1239, mar. 205. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/3497/do-conflito-lei-anticorruptao-lei-n-12-84613-com-lei-improbidade-administrativa-lei-n-8-42992-pertine-responsabilidade-pessoa-juridica-privada-antinomia-juridica>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de improbidade administrativa**: comentários e anotações jurisprudenciais. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: volume 1, parte geral, arts 1º a 120 do CP. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**: direito material e processual. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade civil**:. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza, **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 20 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; DE FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques (Coord.). **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao professor J.J. Calmon de Passos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- OLIVEIRA, Jose Roberto Pimenta. Desafios e Avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do MPF nos 30 anos da CF In: **Carreiras Típicas de Estado: Desafios e Avanços na prevenção e no combate à corrupção**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, v.1, p. 181-198, 2019.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública • corrupção • ineficiência**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública • corrupção • ineficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIMENTA, Raquel de Mattos. **A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020.

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: **Lei anticorrupção**. SOUZA, Jorge Munhos; DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1946: vol. III**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

REMEDIO, José Antonio; MARTINS, Gustavo Aurélio. Dano moral coletivo decorrente da prática de ato de improbidade administrativa. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca/SP, v. 22, n. 35, pp. 255-277, jan-jul. 2018. Disponível em <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>> Acesso em 23/06/2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: GZ. Editora, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 4. ed. Leme: JH Mizuno, 2019.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista Logos, ciencia & tecnología**, Bogotá, v. 3. n. 1, pp. 186-202, jun-dez. 2011.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VIVA, Rafael Quaresma. **Responsabilidade civil objetiva: código civil versus código de defesa do consumidor**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

WOLF, Sebastian. **Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung**. Wiesbaden: Springer VS, 2014.

YOUSSEF, Antonio Nicolau (Dir. Ed.). **Dicionário escolar da língua portuguesa / Academia Brasileira de Letras**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da Moralidade – algumas considerações. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.