

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Curso de Especialização em Direito Público

DOLO E CULPA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Carlos Alberto Hohmann Choinski

Monografia apresentada como
requisito para obtenção de título de
Especialista

CURITIBA

2005

DOLO E CULPA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Por

CARLOS ALBERTO HOHMANN CHOINSKI

Monografia aprovada como requisito para obtenção de título de Especialista,
no curso de pós-graduação em Direito Público, por

ORIENTADOR: Prof. _____

Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof. _____

Prof. _____

Curitiba, _____

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	01
I – DIREITO ADMINISTRATIVO E RESPONSABILIDADE.....	04
1. Direito Administrativo, suas manifestações e conseqüências nas relações entre Estado e indivíduo.....	04
2. As obrigações do Estado perante o indivíduo: a teoria da responsabilidade do Estado, no direito administrativo.....	09
3. As obrigações do indivíduo perante o Estado. Distinção entre o indivíduo que age na função pública e o indivíduo que age como particular.....	13
4. Sanção no direito administrativo.....	17
5. A aplicação na sanção administrativa.....	21
6. Ato ou atividade administrativa e improbidade administrativa.....	27
7. As diferentes formas de tratamento jurídico dos danos decorrentes das inter-relações entre o Estado e o indivíduo.....	33
II – TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	36
1. Direito administrativo, direito penal e direito civil.....	36
2. Missão do direito penal.....	38
3. Missão do direito civil.....	39
4. Missão do direito administrativo.....	40
5. Interações entre os ramos do direito. Exame comparativo dos ilícitos.....	41
6. Síntese da concepção geral de dolo e culpa. Conceitos específicos....	42
7. Dolo.....	42
8. Culpa.....	46
9. Parametricidade do conceito de dolo e culpa, nos direitos civil, penal e administrativo: diferenças objetivas.....	48
III – O DOLO E A CULPA NO DIREITO ADMINISTRATIVO.	
ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS.....	55

1. Dolo no direito administrativo.....	55
1.1. Ausência de conceito positivo de dolo. Amparo normativo.....	55
1.2. Tipicidade no direito administrativo. Os tipos administrativos como vetores da ilegalidade do ato administrativo.....	58
1.3. Legalidade no direito administrativo. A observância do princípio da legalidade como dever jurídico do administrado.....	63
1.4. Boa-fé no direito administrativo.....	67
1.5. A prova do dolo. Elementos necessários para a avaliação probatória e determinação do dolo.....	70
2. Culpa no direito administrativo.....	77
3. O erro como hipótese de exclusão do dolo. Tipos de erro.....	82
3.1. Erro de proibição (ou erro de direito).....	83
3.2. Erro de tipo (ou erro de fato).....	85
3.2.1. Erro na interpretação dos fatos que autorizam a aplicação da lei...86	
3.2.2. Erro na suposição da finalidade pública.....	87
3.2.3. Aplicação de lei inconstitucional.....	88
3.2.4. Erro sobre os meios que devam ser utilizados para atingir finalidade lícita.....	89
3.2.5. Erro justificado e erro injustificado.....	90
3.3. Ônus da prova da alegação do erro.....	91
CONCLUSÃO.....	93
BIBLIOGRAFIA.....	95

RESUMO

A meta deste trabalho é traçar uma dimensão de aplicabilidade dos conceitos de dolo e culpa no direito administrativo, buscando apontar os elementos coincidentes na aplicação, comparando-os ao direito penal e ao direito civil, reconhecendo os ramos onde são aplicados com maior profundidade. Para se alcançar tal conclusão, primeiramente, aponta-se a síntese da teoria da responsabilidade aplicável ao direito administrativo, confrontando a responsabilidade do Estado com o indivíduo e vice-versa. Também se relaciona a condição jurídica do indivíduo, diferenciando-a quando este atua em nome do Estado, como agente público e quando atua no exercício de suas liberdades individuais, como particular. Adiante, apresentou-se o conceito do dolo e da culpa através do exame comparativo de seu tratamento em razão do ramo do direito aplicado. Demonstra-se que o núcleo de tais conceitos será semelhante, havendo diferença em sua aplicação de acordo com as finalidades de cada ramo do direito. Ao final, o trabalho busca evidências do tratamento jurídico do dolo e da culpa no direito administrativo, indicando os elementos de coincidência e os conflitos de sua aplicação. A identificação dos elementos incidentais em razão das características do ato ou atividade administrativa permitem o aprofundamento e a caracterização mais clara das situações em que o dolo ou culpa deverá incidir para a aplicação da responsabilidade e sanção administrativas.

AGRADECIMENTOS

Todo o trabalho é fruto de uma experiência. Neste sentido, pequenas coisas solidificam nossos pensamentos e nos dão força para realizá-lo. Agradecer é um momento singelo, que talvez não demonstre claramente todo o resultado adquirido. Mas deixá-lo de fazer é ainda mais severo. Assim, com receio de cometer ato de esquecimento indesculpável, agradeço sinceramente todos aqueles que me auxiliaram na aquisição do conhecimento desenvolvido no exercício de minha profissão que serviram de base para muitos dos pensamentos aqui planejados. Agradeço, especialmente, ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho que identificou no meu trabalho a importância que todo orientado espera e que incentivou o seu desenvolvimento indicando os caminhos que deveria percorrer. Agradeço, também, aos meus colegas promotores, que são referência de conhecimento, Mauro Sérgio Rocha e Guilherme Freire de Barros Teixeira, que, cada um ao seu modo, permitiram o desenvolvimento destas primeiras idéias sobre o tema. Agradeço, por fim, a todos os professores do curso de especialização que colaboraram sensivelmente para o aprofundamento de temas palpitantes e atuais, ligados ao Direito Público e à transformação por que passa o Estado brasileiro

INTRODUÇÃO

Nada acontece por acaso. Pensar um tema, resumir uma questão, levantar uma dúvida, tomar um ponto de vista são etapas informais de uma pesquisa. Mas, quando nos propomos a idealizar a conjuntura profunda que cerca uma questão, nossa mente divaga, nossas idéias buscam uma síntese, queremos resumir, nas palavras escritas, todo o pensamento que se produz.

Este é um trabalho simples, como tantos outros que já se escreveram. Sua diferença está na sinceridade que se pode dizer dele. A ambição de chegar a um final, de tentar exaurir (limitado pelo espaço de nosso conhecimento), é experiência solitária, única, que tantos devem ter sofrido, que o sofrimento que ora se afirma não deve soar senão como lamúria.

Mas, em que pesem as deficiências reconhecidamente íntegras deste trabalho, digo que ele foi feito com o afincamento de um trabalhador.

A apresentação deste trabalho, com síntese de vários estudos desenvolvidos nas aulas de especialização, tem como escopo enaltecer a necessidade de uma apreciação mais profunda, especialmente, da atuação do agente público nas coisas da Administração Pública, mas também na relação cambiante entre indivíduo e Estado.

Por muito tempo, se concebeu certa autonomia do ato da Administração em relação ao seu autor e, portanto, a teorização do ato da administração e seus defeitos (desvio de poder, ilicitude) era vista com certa independência ao elemento intelecto-subjetivo, integrante nele. Quando se olha

para o ato administrativo, se enxerga o Estado com todo o seu espectro de poder coativo. O agente, enquanto legitimado para agir em nome do Estado, é visto como meio de se atingir as metas institucionais.

A significância da discussão acerca da responsabilidade subjetiva, contudo, alcança, atualmente, novos horizontes justamente porque é dado ao agente público e ao cidadão parcela da responsabilidade sobre os danos que a Administração Pública causa. A partir disso, percebe-se claramente que há limites para o uso de um poder administrativo e que o desrespeito a tal limite determina a incidência da responsabilização. A sanção, de âmbito administrativo, ganha nova dimensão no quadro de direitos e obrigações do Estado, porque é necessário permitir que o crescimento da atividade estatal seja realizado de forma justa e equilibrada. Ou seja, não pode o Estado servir de albergue para o enriquecimento ilícito ou para o uso indevido: deve atingir a meta social única, voltada ao interesse social.

Por isto, há que se dar ao presente estudo, a importância que se lhe exige.

Neste desiderato, definimos o estudo em três partes distintas. O primeiro é o de comparar qual a responsabilidade do Estado para o indivíduo e, também, a responsabilidade do indivíduo para o Estado. Neste estudo, veremos que o Estado, por deter o poder coativo e ser o delegado do interesse público, assume uma responsabilidade maior que a do indivíduo, sendo, então, responsável pela causação de qualquer mal conexo. O indivíduo, por sua vez, não será totalmente irresponsável perante a coletividade, respondendo por seus atos,

quando eivados de dolo e culpa (entendidos como elementos da responsabilidade subjetiva).

Num segundo capítulo, se fará um estudo horizontalizado, comparando-se ramos do direito, em razão da forma de aplicação dos conceitos de dolo e culpa. A finalidade imediata desta etapa é encontrar os parâmetros por onde caminha o direito administrativo a fim de enxergar se ele carrega toda a ênfase da teoria do dolo e da culpa dada ao direito penal e ao direito civil (ramos tradicionais onde se aplicam tais conceitos), ou se há um espaço peculiar de aplicação em razão da proteção dos interesses estatais.

Ao fim, colhidas todas as diferenças e convergências entre tais acepções, discorreremos acerca dos contornos específicos da aplicação do dolo e da culpa, no direito administrativo, sob um prisma teórico e prático, visando definir como devem ser aplicadas estas teorizações, para um ajustamento de aplicação da sanção e conformação das finalidades de interesse geral e interesse especial, visadas pelo direito administrativo.

I – DIREITO ADMINISTRATIVO E RESPONSABILIDADE

1. DIREITO ADMINISTRATIVO, SUAS MANIFESTAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES ENTRE O ESTADO E O INDIVÍDUO.

Ao se adotar o singelo conceito de direito administrativo como o *“ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem”*¹ sobressaem elementos incidentes a tal conceito, dentre os quais, as idéias de *função pública e atividade do Estado*.

O Estado, como gestor das missões constitucionais, assume, perante o cidadão, a exata quadratura de conformar a sua atividade em benefício geral. É o que se delinea na esboço da concepção² de *interesse público* ou *interesse da sociedade*.

Há, todavia, no raio de atuação, instantes e situações em que o Estado se coloca na zona limítrofe com o preceito de liberdade do indivíduo, muitas vezes, chocando-se com esta. Esta zona divisória, cujos marcos não são plenamente visíveis, ora podem caracterizar invasão do Estado na esfera privada, causando lesão, ora podem caracterizar um sacrifício particular em nome da coletividade (numa manifestação da supremacia do interesse público) e, ora podem caracterizar uma ação ilícita do indivíduo em prejuízo da sociedade.

Não há parâmetros formais que resolvam toda a intrincada e eterna questão de quando e onde o Estado pode atuar legitimamente, sem que

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed, Ed. Malheiros, São Paulo – SP, 2004. p. 35.

² Adotamos aqui o termo “concepção” com o intuito de não pretender estabelecer uma noção fechada de interesse público, porque deve ser tratado como conceito jurídico indeterminado. Assim importa, para a finalidade, estabelecer apenas a “moldura” onde permitam incidir todas as idéias pertinentes ao interesse público.

isso represente evidente dano ao particular. O Direito Administrativo, neste contexto, tem o escopo de situar, com efetividade, todo o plano de atuação do Estado, exigindo o respeito aos limites constitucionais, mas legitimando a sua atuação onde ela se faz exigida.

Ação do Estado pressupõe, portanto, um plano de legalidade a que o indivíduo deva obediência. E este pensamento tem validade tanto em seu aspecto positivo, quanto em seu aspecto negativo. Assim, não haverá obrigação de se obedecer se o Estado não agir no plano da legalidade (responsabilidade pela ação) ou, ainda, quando deixar de agir quando a lei mandar (responsabilidade pela omissão).

O plano do Estado Democrático de Direito, aliás, é o plano da limitação do poder do Estado perante o indivíduo, revelando a existência de uma zona de interferência recíproca entre os interesses de um e de outro.

Este aparente conflito é que determina a geração, ora espontânea (v. g., abuso do direito), ora acidental (v. g., *faute de service*) de contínuos danos entre as entidades envolvidas.

O Estado, na maioria das vezes, ao realizar suas tarefas por meio de sua Administração (Pública) acaba por invadir, lesivamente, os direitos do cidadão. Esta ação do Estado acarretará em responsabilidade: (1) quando esta ação não está legitimada pela defesa de um interesse público maior; (2) quando, apesar de incidir o interesse público, há uma desproporção entre o bem almejado e o sacrifício imposto; (3) quando a ação (ou omissão) do Estado, legítima ou ilegítima, direta ou indiretamente, causa dano a bem ou direito particular do cidadão.

Paralelamente, o cidadão, quando transgride as regras de comando da Administração, causando, com sua conduta, mal à coletividade, ao interesse da coletividade ou ao patrimônio da coletividade (patrimônio público), também arcará com suas responsabilidades³, sendo estas de caráter reparatório ou sancionatório.

A relação existente entre indivíduos e Estado, então, pode ser vista como uma "tensão estável", dado que o ordenamento jurídico, reconhecendo tais riscos, busca proteger os prejuízos ocasionados por eventuais violações, imputando responsabilidades para o causador do dano, seja este o Estado ou seus órgãos, seja o indivíduo agindo ilicitamente.

Nesta dialética, é imperioso compreender os parâmetros legais que, obrigatoriamente, são considerados. Identificam-se três princípios basilares que indicam o interesse social e as necessidades do Estado e, neles, situa-se a carga semântica do direito administrativo, extraído-se deles, recíprocos deveres e obrigações: *o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da presunção de legalidade dos atos da Administração*, entre outros.

É o *princípio da supremacia do interesse público*, que determina que, desde que haja o interesse público, admite-se a sujeição do interesse privado à ação da Administração Pública.

³ Estariam inseridos, neste contexto, todas as transgressões, não importando a dimensão do dano causado ou mesmo quando estas não causassem, concretamente, um dano. Assim, uma mera violação de norma de trânsito, ainda que não tenha causado dano algum, gera responsabilidade, pelo simples fato de causar risco de dano e por ser uma exigência do Estado, devendo o cidadão sofrer as sanções inerentes àquela conduta.

Através do princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração, pode se inferir que todo ato que se realize dispondo do interesse público, não é ato legítimo nem da Administração e nem de quem age em nome dela.

O princípio da presunção de legalidade dos atos da Administração, consecutório do princípio da segurança jurídica e do poder coercitivo do Estado, determina que, a fim de não se permitir a discussão prévia e interminável sobre a validade de um ato, é preferível deduzir-se legal todo o ato oficial emanado de órgãos estatais, no exercício de suas prerrogativas, até manifestação oficial em contrário.

O direito administrativo, em suma, existe sob o império da legalidade e do interesse público, que lhe é indisponível.

Reportando-se, então, novamente ao conceito pelo qual iniciamos este trabalho, vemos que há profunda relevância em detectar a noção de função administrativa, quem a exerce e como a exerce.

*Celso Antônio Bandeira de Mello adota a definição de que **"função administrativa é a função que o Estado ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário."***

Não se separa, nesta definição, a idéia de que o exercício da função administrativa é manifestação que depende da ação intelectual e efetiva de

uma pessoa, que, agindo conforme as atribuições predicadas à sua atividade, previamente designada pela lei, desempenha concretamente a *atividade administrativa estatal*. Por isso, há direta ligação da função administrativa com o sujeito responsável pelo exercício desta.

Agente público, segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro⁵ é *toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta*. Sua ação prende-se à legalidade de sua função e à discriminação das competências ou atribuições que possui no exercício desta, visto que a violação jurídica da competência (por excesso ou por mau uso) ou da legalidade acarretará em **desvio de poder**.

A outorga da função pública não é a entrega da disposição dos interesses e finalidades do Estado ao sabor das interpretações, ideologias e interesses do agente público: há um ritmo, ditado pela legalidade, que submete este agente ao controle geral. O ato deste, sendo declarado nulo por desvio de finalidade ou incompetência, em tese, não pode ser visto como expressão da vontade do Estado, por atravessar, justamente, a fronteira da legalidade.⁶ Remanesce, entretanto, a responsabilidade do Estado, no caso do agente que, agindo em seu nome, porém de modo ilegal, causou dano a terceiros.

A avaliação da ilegalidade de um ato ou atividade administrativa, *a priori*, não é sempre visível porque, ao se manifestar, tem aparência de legalidade (em face do princípio da presunção de legalidade dos atos da Administração) e,

⁴ Bandeira de Mello, Celso Antônio. op. cit. p. 34.

⁵ Di Pietro, Maria Silvia. Direito Administrativo, 12.^a ed.. São Paulo: Atlas, 2000. p. 416

⁶ Marcelo CAETANO identifica esta incompatibilidade do ato nulo do agente público ser entendido como ato do Estado, afirmando que o ato administrativo produzido com vícios equivale a ato administrativo inexistente. (*in* Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 150)

ainda que venha a ser declarado nulo, terá gerado efeitos que podem representar diminuição de direitos ou prejuízo a terceiros.

O presente trabalho tem por escopo justamente delimitar qual a responsabilidade do Estado perante os indivíduos e, especialmente, a responsabilidade do agente público e do particular perante o Estado, em casos de violação da lei.

2. AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO PERANTE O INDIVÍDUO: A TEORIA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO, NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Enquanto perdurou a idéia de que o poder exercido pelos soberanos não era vinculado à aplicação do Direito, não se cogitou que um indivíduo tivesse como tomar contas dos atos cometidos pelo Estado.

Cabia ao poder soberano "dizer o direito" incondicionalmente, sem assumir, com esta missão, qualquer responsabilidade. Imaginava-se que este poder jamais pudesse fazer mal e, caso isso ocorresse, era em busca de um bem maior. Vigorava ainda a máxima *"the king can do no wrong"*, onde além de não se conhecer de qualquer responsabilidade do Estado, seus representantes eram situados acima das questões juridicizadas (intangibilidade dos governantes).

A teoria da responsabilidade civil do Estado, nem mesmo no momento em que surgiram os Estados Modernos, foi completamente apreendida, afirmando-se, na ocasião, que descabia ao Poder Judiciário a inserção na administração do Poder Executivo, e, com isso, não se admitia a possibilidade de condenação do Estado em caso de ilícito ou dano.

Somente quando o Estado passou a ser concebido com personalidade jurídica é que foi visto equivalentemente à pessoa civil e surgiu a discussão acerca de sua responsabilização. Ainda assim, permaneceu a idéia de que o Estado somente podia ser posto em litígio com o cidadão quando atuava em seus interesses, enquanto detentor de personalidade jurídica equiparada. Os atos proeminentes, que importavam em manifestação coercitiva dos interesses estatais ainda permaneceram inalcançáveis.

O célebre e recitado caso "*arrêt Blanco*" do direito francês, é que admitiu, pioneiramente, a responsabilidade estatal por atos de gestão. Esta admissão, entretanto, condicionava-se a certos requisitos que tornavam impraticável o exercício do direito pelo indivíduo porque exigia que se distinguissem os '*atos de império*' dos '*atos de gestão*' e porque era necessária a comprovação da culpa do agente que agia em nome do Estado.

Mais tarde, em nova atualização, concebeu-se que, em muitos casos, não era necessária a identificação concreta do agente e do ato do agente, transpondo-se a responsabilidade para a idéia da '*culpa anônima*', onde, sem ter que se indicar a autoria, era possível apreciar a ocorrência ou não do dano. Surgiu, então, a tese da *faute de service*, onde a demonstração cabal da inexistência do serviço, do seu mau funcionamento ou do seu retardamento era suficiente para reconhecer o Estado como responsável pelo dano. Tomou-se, então, conhecida a teoria da culpa administrativa.

Enfim, a evolução do Estado e o submetimento da própria vontade estatal à preservação dos direitos fundamentais do indivíduo deram origem à concepção da responsabilidade objetiva da Administração.

Esta concepção vem tratada a partir da própria evolução conceitual da condição jurídica do Estado. Marcelo Caetano a justifica, afirmando que:

*"os riscos acarretados pelas coisas ou atividades perigosas devem ser corridos por quem aproveite os benefícios da existência dessas coisas ou do desenrolar de tais atividades. (...) A administração deve responder pelos riscos resultantes de atividades perigosas ou da existência de coisas perigosas, quando não tenha havido força maior estranha ao funcionamento dos serviços (...) na origem dos danos e não consiga provar que estes foram causados por culpa de quem os sofreu."*⁷

Dentro da órbita da responsabilidade objetiva duas vertentes ganharam viço. A primeira delas, a teoria do risco administrativo, admitida como aquela onde o Estado é responsável desde que haja prova evidente do nexo de causalidade entre a ação estatal e o dano. A outra, mais severa, engloba a responsabilidade do Estado a todo e qualquer dano suportado por terceiro, ainda que resultante de dolo ou culpa da vítima, denominada de teoria do risco integral. Por se tratar, a segunda teoria, de uma modalidade extrema que fere de morte o princípio do não-enriquecimento sem causa, dentre outras prerrogativas, esta teoria acabou sendo abandonada.

A teoria do risco administrativo vigora, plenamente, no Direito Brasileiro, consagrada desde a Constituição de 1946 (repetido nas Constituições de 1967 e 1988). Atualmente, sua declaração está escrita no art. 37, §6º da Constituição Federal que estabelece que *as pessoas jurídicas de direito público e*

⁷ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977 p.544.

as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Há, portanto, na Carta Magna, concreta definição das responsabilidades do Estado para o indivíduo, em caso de dano. Esta não é, todavia, uma via de duas mãos: não se pode falar que o indivíduo, em relação ao Estado, tenha a mesma responsabilidade objetiva; pelo contrário, o próprio art. 37, §6º, CF, já estabelece a necessidade de responsabilidade “por dolo ou culpa” do agente público, ou mesmo, do particular responsável, indicando que, há que se comprovar, claramente, a vontade manifesta do agente (dolo) em causar o dano ou a falta do dever de zelo, própria da ação culposa.

Do mesmo artigo, se extrai que incumbe ao responsável reparar o dano causado pelo Estado, quando tenha agido “por dolo ou culpa”. Vislumbra-se aqui, uma conseqüência básica, provinda da teoria geral da responsabilidade civil, proclamada no art. 927, do Código Civil onde “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Apesar de o Estado ser responsável com relação ao terceiro, independentemente da avaliação subjetiva do fato, quando se verificar que ela ocorreu por ato ilícito de outrem, resguardado estará o direito de regresso para o Estado e o dever de indenizar do causador.

Não há, portanto, simetria, na relação entre Administração Pública e cidadão, visto que, para o primeiro em relação ao segundo, a causação do dano decorre de *responsabilidade objetiva*, e, para o segundo em relação ao primeiro, a

causação do dano decorre de *responsabilidade subjetiva*.⁸ E esta assimetria é perfeitamente aceitável, em razão da posição de preponderância em que o ordenamento jurídico coloca o Estado e a Administração Pública em relação ao indivíduo.

3. AS OBRIGAÇÕES DO INDIVÍDUO PERANTE O ESTADO. DISTINÇÃO ENTRE O INDIVÍDUO QUE AGE NA FUNÇÃO PÚBLICA E O INDIVÍDUO QUE AGE COMO PARTICULAR.

Dissemos, no capítulo anterior, que à Administração Pública resistia o direito de regresso, nos casos em que tinha a obrigação de indenizar, quando o dano decorresse de dolo ou culpa de um agente seu.

Afirma-se, ainda, que o cidadão, na sua atuação privada, também é responsável pelos danos que causar a outrem, inclusive à Administração Pública, desde que por ato ilícito.

Assim, independentemente, da atuação do indivíduo se dar, em relação ao Estado, como agente público ou como particular, a espécie de responsabilização será da mesma ordem: a responsabilidade subjetiva.

Esta identidade não quer dizer que seja equiparado o ato ilícito causado pelo agente público com o ato ilícito causado pelo particular. O ordenamento jurídico classificou que, ao agente público, dada a relevância de sua função, deve se exigir uma vinculação maior, voltada às finalidades do Estado. .

⁸ É verdade que o próprio art. 827, parágrafo único, do Código Civil, estipula, para os casos previstos em lei, situações de fato onde a obrigação de reparar o dano pode decorrer de simples causação do dano, independentemente de culpa, situações que devem ser tratadas como exceção, justamente pela exigência de previsão legal.

Celso Antônio Bandeira de Mello em seu "Curso de Direito Administrativo" discorre sobre a relação orgânica existente entre o agente público e o Estado:

" A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de 'imputação direta' dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal."⁹

O que caracteriza a condição do agente público é que ele age em nome do Estado. A ordem, ação ou decisão proferida do agente público, ainda que ilícita, gera efeitos jurídicos, por si só, em razão da prevalência da vontade estatal (supremacia do interesse público e estado de direito) à vontade da sociedade. Por isso, o agente quando, na sua atuação, extrapola os âmbitos de sua competência ou age com desvio de finalidade, ainda que venha a ser admitida, posteriormente, a ilegalidade ou ilicitude de seu ato, terá, enquanto o ato tenha gerado efeitos, agido em nome do Estado.

A responsabilidade subjetiva do agente decorrerá, exatamente, do reconhecimento da ilegalidade e/ou da ilicitude de seus atos, o que geralmente acontecerá após a ocorrência do efetivo prejuízo.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit. p. 893.

Já, nos casos aonde o cidadão, em sua atividade comum, por ato ilícito, venha a causar prejuízo ao Estado, sua responsabilidade decorre de um exercício de liberdade que extrapolou os limites da lei. Neste caso, o Estado é tratado como se fosse uma pessoa jurídica qualquer, em relação de simetria e igualdade aos demais, somente acarretando o dever de indenizar em razão da repercussão patrimonial que eventualmente o ato ilícito venha a causar.

Há uma distinção no tratamento do agente público e do cidadão particular: o primeiro será responsabilizado por sua conduta enquanto órgão do Estado e a investigação a respeito de sua responsabilidade, por dolo ou culpa, utilizará os critérios de vinculação que este mantém com o Estado: competência, legalidade, dever de probidade, dever-poder de zelo pelo interesse público, etc. Ao particular, ao contrário, o Estado não outorga qualquer delegação: o indivíduo age com liberdade, cujo limite é a lei, e deve respeito ao Estado, pelas suas coisas, como deve respeito a qualquer outro ente físico ou jurídico, ou seja, somente arcará com responsabilidade, quando causar dano direto aos interesses ou patrimônio estatais, por ato ilícito.

O que difere a conduta humana do agente público e do particular não é outra coisa, senão, o condicionamento jurídico que a conduta do agente público sofre, vinculando-se ao dever de legalidade e ao âmbito de sua atuação, sendo-lhe defeso agir além de suas limitações ou atribuições.

Não se pode, contudo, afastar o traço característico de ambas as condutas: seja agente público, seja particular, é indubitoso que ambas se assemelham por provirem do resultado dum processo de cognição e racionalização humanas. Um agente público, quando manifesta sua vontade,

através do exercício de suas atribuições, não dissocia a sua condição humana de inteligência, assim como age em sua atividade particular. Ou seja, ambas são produtos da racionalização. O que diferencia (as manifestações de vontade) é que o ato do agente público, deve respeitar todos os condicionamentos de atividade pública: respeito aos princípios, finalidade pública, motivação, etc., enquanto o ato do particular é livre, sendo limitado exclusivamente pela lei. O agente público age somente quando a lei o autoriza; o particular age livremente, salvo quando a lei o desautorizar.

O direito administrativo enfatiza a diferença do tratamento jurídico do agente público e do particular, justamente, por tais condicionantes: exige-se do agente público o respeito aos princípios motores da atividade estatal e gera-se, para tanto, uma espécie de sanções típicas para punir aquele agente quando desviado do espírito público. Por isso, a lei estabelece rol de sanções características para o agente público, diferentes daquelas previstas ao particular.

Pode-se relacionar vários tipos de processos, judiciais ou administrativos, que penalizam as condutas de desvio da atividade do agente do Estado: o *impeachment*, o processo administrativo disciplinar, a ação de improbidade administrativa, os crimes de responsabilidade, os tipos penais especiais cometidos somente por funcionários públicos, além das ações reparatórias propriamente ditas¹⁰.

¹⁰ Embora sejam citados vários textos que contenham aspectos sancionatórios, neste momento, não há preocupação em diferenciar aqueles em que o legislador determinou como crimes e aqueles que apenas resguardou caráter sancionatório administrativo. O que se quer expressar, neste momento, é a relação de textos legais que prevêm sancionamentos por condutas abusivas ou ilegais no exercício de alguma função pública, desde o Presidente da República até qualquer função de caráter absolutamente vinculado.

Para o particular restam as ações judiciais reparatórias por ato ilícito, alguns tipos penais de atuação proibida e as sanções administrativas aplicadas em razão do exercício do poder de polícia do Estado.¹¹

Para serem cumpridos os desígnios deste trabalho, a diferenciação é relevante, justamente porque, embora não se pretenda abandonar a tese de que qualquer responsabilização do indivíduo perante o Estado deve se dar por via da teoria da responsabilidade subjetiva, a ênfase que se pretende é a de avaliar a atuação do agente público, preferencialmente, para definir-lhe o elemento subjetivo, dolo ou culpa.

4. SANÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A atuação do poder coercitivo do Estado implica, necessariamente, na anterior previsão legal para a efetiva aplicação de sanções.

Podemos aceitar, neste caso, a definição de sanção trazida por Daniel Ferreira que afirma que ela é a *direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela previsto, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários.*¹²

O local de aplicação das sanções, ao indivíduo, pelo Estado, se situa na poder coativo da lei. É, justamente, por este caráter de supremacia da vontade do Estado perante o indivíduo que se vislumbra um tratamento desigual

¹¹ As sanções previstas, através do exercício do poder de polícia do Estado, são as infrações cometidas no âmbito de um atividade regulamentada pelo Estado, como ausência de licença ambiental, infrações de trânsito, ausência de alvará de funcionamento, dentre outras.

¹² FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas, Ed. Malheiros, São Paulo – SP, 2001. p. 25.

no plano das responsabilidades, conforme acima mencionado, onde para um, basta a prova do nexo da causalidade entre o dano e a ação ou omissão do Estado, enquanto para outro, além do nexo causal é necessário a prova da culpa ou do dolo. Assim, para o Estado sancionar, há que se verificar a evidência provada de uma atuação subjetiva violadora.

No universo da atuação imperativa do Estado, o gênero “sanção” pode ganhar definição em diversos campos do Direito, sem que para isso haja contradição em sua aplicação.

A diferença entre o gênero “sanção” nos ramos do Direito, ocorrerá em razão mais de uma escolha do legislador, do que, propriamente, de uma diferença conceitual. Assim, a escolha por uma sanção penal em matéria de cunho patrimonial (cuja repercussão é, na maioria dos casos, de fundo privado), é uma opção formal, concebida em motivação e valoração específicas.

A opção em categorizar sanções penais e sanções administrativas também se insere neste plano de formalização, cuja legitimidade é dada ao legislador. Por tal razão, não há qualquer falta de sintonia, em se optar por estabelecer um conjunto de sanções de âmbito administrativo, paralelamente às sanções de âmbito penal: tal escolha tem caráter meramente formal, visando estabelecer a universalidade de responsabilidades em cada caso e as conseqüências do ato ilícito, mediante um processo de opção, pois, via de regra, reserva-se ao direito penal a proteção dos bens jurídicos mais relevantes.¹³

¹³ O prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em sua obra “Princípios Gerais de Direito Administrativo, estabelece que *“não se confundem a sanção administrativa e a penal. Esta visa punir atos contrários aos interesses sociais e aquela aos da atividade administrativa. A distinção está no fundamento da responsabilidade, tendo em vista o bem jurídico ofendido. Dada a diversidade do fundamento jurídico da*

Daniel Ferreira, corroborando este entendimento, afirma que "o fator de discriminação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente."¹⁴

Embora, sob o ponto de vista da aplicação da lei e levando-se em conta o princípio da reserva legal, somente se acatará a validade da norma e da sanção se ela estiver previamente estipulada. Não há como negar, através de uma interpretação teleológica, que os bens jurídicos tutelados pelo direito penal tem um caráter de proteção social, puníveis na relação do indivíduo com a sociedade, enquanto os bens jurídicos tutelados pelo Direito Administrativo ou se voltam para a garantia do funcionamento dos serviços prestados pelo Estado, ou para ordenação de comportamentos sociais e defesa dos próprios interesses estatais.¹⁵

Isto não quer dizer que haja uma relação de hierarquia ou prevalência entre os bens penalmente tutelados em os bens 'administrativamente' tutelados, visto que há, inclusive, bens que sofrem incidência de sanção, tanto da órbita penal como da órbita da sanção administrativa. Exemplo claro é o desvio de dinheiro público que pode acarretar em ação penal por crime de peculato,

punição, pode o infrator se sujeitar a ambas, sem que ocorra o 'bis in idem', levadas a efeito por órgãos distintos.

¹⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. Ed. Malheiros. São Paulo – SP, p. 60. Esta posição é ratificada por Eduardo Rocha Dias, Régis Fernandes de Oliveira e Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros doutrinadores brasileiros.

¹⁵ Embora não se pretenda exaurir o mundo sancionatório do Direito Administrativo percebe-se que as sanções administrativas ou visam adequar o comportamento dos servidores públicos (direito administrativo disciplinar), ou visam exigir o cumprimento da organização dada pela competência administrativa (poder de polícia, trânsito, licenças de atividades, etc.) ou visam proteger o patrimônio do Estado, compreendido como direito difuso, genericamente denominado de patrimônio público (sanções de improbidade, ações reparatorias),

processo administrativo disciplinar e ação civil de improbidade administrativa, que podem ser processadas e julgadas, independentemente.¹⁶

Fábio Medina Osório, inclusive, alerta que há casos em que as sanções administrativas são até mais severas que as sanções penais:

“ Resulta sem qualquer sentido a caracterização de um superior direito público punitivo do Estado, dado que suas ramificações são realmente diversificadas e atreladas a distintos princípios, normas, regras, procedimentos. Tão distintos são os regimes jurídicos das penas e sanções administrativas que resulta, inclusive, inviável uma distinção de gravidade ou de severidade. É possível, logicamente, desde um ponto de vista dogmático, que uma sanção administrativa cause maior ‘dor’ e ‘sofrimento’ ao infrator do que uma sanção penal. Não há, necessariamente, uma hierarquia de gravidade entre as infrações e respectivas sanções.”¹⁷

Alinhada, portanto, a idéia que o direito administrativo prevê uma especificidade de sanção que não se confunde com o âmbito de outros ramos do direito, como o direito civil ou o direito penal, resta por fim, verificar que conceitos possui a *sanção administrativa*.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a *“sanção administrativa como a providência mais gravosa prevista em caso de incursão de alguém em*

¹⁶ Em casos específicos, previamente normatizados, é estabelecida uma relação de subsunção entre uma decisão judicial e outra instância, como o próprio Código de Processo Penal estabelece, taxativamente, os casos em que a ação penal se refletirá na ação civil, conforme arts. 65, 66 e 67 daquele texto legal

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo - SP, 2000, p. 136.

uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração".¹⁸

Daniel Ferreira conceitua *"sanção administrativa como a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo"*.¹⁹

Fábio Medina Osório define a sanção administrativa como *"um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente 'pro futuro', imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como, consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo"*.²⁰

5. A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

A função da sanção administrativa abrange tanto o caráter repressor, no sentido de aplicação de um castigo ao transgressor da norma, quanto o seu caráter de prevenção geral, de âmbito sociabilizante e pedagógico.

A sanção administrativa não se restringe somente à atividade disciplinar de seus servidores. Sua abrangência é maior, atingindo todos os casos

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 744.

¹⁹ FERREIRA, Daniel, op. cit. p. 34.

²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit. p. 80;

onde o Estado, na condição de protetor da ordem administrativa e como gestor da instituição lesada, deva preservar o seu poder de autoridade.

Há características próprias da 'denominada' sanção administrativa que, inclusive, guarda algum dissídio doutrinário.

Discute-se, num primeiro momento, quem é agente passivo da sanção administrativa: se todo e qualquer cidadão sujeito ao poder coercitivo da Administração ou somente aqueles que mantêm algum vínculo junto ao Estado.

Daniel Ferreira aponta que Zanobini teria afirmado que as sanções se desdobrariam em duas partes identificadas: as penas de polícia, voltadas ao particular em geral e as penas disciplinares, voltadas para as pessoas que mantinham vínculos com o Estado-administração.

Oswaldo Antonio Bandeira de Mello, ao definir a sanção administrativa afirmou que era *ato unilateral, discricionário, pelo qual se aplicam penalidades em terceiros pela inobservância dos respectivos deveres. Ao continuar, adota a divisão em punição interna ou externa, de acordo com o indivíduo a ser punido, caracterizando-se como interna, a punição dada aos servidores públicos pela infringência às determinações ordenatórias do serviço e a externa dirigida aos atos punitivos dos particulares em geral, pela infração às determinações legais e regulamentares.*²¹

A segunda dissensão diz respeito a quem deve aplicar a sanção administrativa: se somente a autoridade administrativa ou também a autoridade judicial. Celso Antônio Bandeira de Mello e Daniel Ferreira são claros a definir que

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, RJ, p. 561

a sanção administrativa tem como elemento de identificação o fato de que somente a Administração Pública poderia aplicar a sanção administrativa. Assim, não se poderia denominar "sanção administrativa" aquilo que rompe a esfera de competência da Administração e é remetido ao Poder Judiciário. Fábio Medina Osório, adotando postura diversa, inclui, dentre o rol das sanções administrativas aquelas que são previstas no art. 12, incisos I, II e III da Lei n.º 8.429/92 (lei de improbidade administrativa) que, muito embora, somente possam ser aplicadas pelo Juiz, integram o gênero *sanção administrativa*, justamente por possuírem caráter extrapenal.

É de fato, intrigante, esta questão. As sanções de improbidade administrativa não inauguram nova classe de sanções no direito²². Sua aplicação ocorrerá, todavia, *independentemente das sanções penais, civis e administrativas*, conforme o próprio art. 12 da lei escreve. Neste quadro, onde se situariam tais sanções?

Embora não seja essencial encontrar, no Direito Positivo, o devido lugar para a improbidade administrativa e suas sanções, é certo que ela se aproxima, pelo seu caráter ontológico, ao exercício da função administrativa do Estado. Isto ocorre porque há, ao mesmo tempo lesão aos interesses do Estado,

²² Não há inovação de sanções na Lei n.º 8.429/92. Todas as sanções previstas no art. 12 estão coligidas em outros textos normativos: a sanção de reparação de danos, além de sua origem constitucional é validada pela Teoria Geral da Responsabilidade Civil do Código Civil Brasileiro; a sanção de multa civil da improbidade é uma especialização do art. 940 do atual Código Civil, mas que já era contemplado no antigo ordenamento; a sanção de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública são previstas expressamente pela Constituição Federal, no art. 37, §4º e art. 15, V do seu texto; a sanção de proibição de contratar com o poder público é sanção administrativa do âmbito da organização da própria pessoa jurídica de direito público interno, bem como a regularidade fiscal é requisito para obtenção de incentivos ou benefícios do Poder Público. Além disso, muitas das sanções previstas expressamente são consideradas efeitos da condenação penal, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, além do efeito de coisa julgada para fins de reparação de danos.

enquanto pessoa jurídica gestora dos interesses públicos, mas também lesão ao interesse geral da sociedade, porque toda improbidade arranha o conceito jurídico universal de patrimônio público, não somente pelo seu caráter econômico, mas pelo seu conteúdo social e moral²³.

Neste contexto, é significativa a relevância que se dê ao bem constitucionalmente tutelado protegido pela lei n.º 8.429/92 que é o zelo ao patrimônio público. Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer, ao explicar sobre o caráter de interesse difuso impregnado no conceito de patrimônio público estabelece a dimensão exata do bem jurídico que se está a proteger.

“ Não se pode negar que os titulares do patrimônio público, considerado em seus aspectos patrimoniais e morais, são todas as pessoas que estão sujeitas a determinado governo ou determinada Administração Pública, não o próprio Estado enquanto pessoa jurídica, pois, a toda evidência, estas pessoas têm direito a uma administração pública honesta pautada pelo respeito aos princípios constitucionais e que não seja lesado o patrimônio público em seus aspectos econômicos e morais, pois tais pessoas são titulares do interesse público primário.

Portanto, os titulares do patrimônio público, em seus aspectos morais e patrimoniais, são indeterminados, pessoas não unidas por qualquer relação-base, cujo vínculo entre elas apóia-se tão-somente no fator conjuntural de estarem sujeitas ao mesmo governo e a mesma Administração Pública. Esses interesses são insuscetíveis de divisão, pois a satisfação de um dos titulares importa, necessariamente, a satisfação de todos, bem como a lesão de um implica, necessariamente, em lesão para todos. É que o patrimônio público não pode ser dilapidado para um dos titulares e não ser para outros e se houver a reconstituição deste patrimônio para um, por óbvio, esta recomposição aproveitará a todos, do mesmo modo quanto ao aspecto moral, pois se um governo ou uma Administração não for ética para um, obviamente não será ética para os demais,

²³ EMERSON GARCIA, em sua obra “Improbidade Administrativa”, escrita juntamente com ROGÉRIO PACHECO ALVES distingue claramente os conceitos de ‘erário’ e ‘patrimônio público’, caracterizando o segundo como termo de maior abrangência: “*Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público. (...) Patrimônio público, por sua vez, é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1.º da lei n.º 4.717/65 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público.*”

não pode haver um governo ético para um e não ético para as demais pessoas sujeitas ao seu império. ²⁴

A lesão ao patrimônio público, genericamente considerado, afinge a pessoa jurídica de direito público prejudicada e também a sociedade. Representa dizer que há um interesse legítimo tanto de um (pessoa jurídica de direito público) como de outro (sociedade), não somente na recuperação do prejuízo ocorrido, como também na responsabilização daquele que o causou.

Por se tratar de interesse da Administração Pública, há evidente caráter de 'direito administrativo' na tutela de proteção ao patrimônio público, semelhante ao interesse da Administração em zelar pelo seu patrimônio e o bom andamento e funcionamento de seus órgãos (protegidos através do regime jurídico disciplinar), e, semelhante, também, aos interesses pelo funcionamento regular dos serviços públicos de interesse geral (exercício do poder fiscalizador e de polícia, que também são sancionadores).

Neste diapasão, o caráter ontológico da sanção da improbidade, ainda que aplicado pelo Poder Judiciário, é de natureza administrativa. Pode-se dizer, aliás, que a opção do legislador em outorgar ao Judiciário e não à esfera administrativa a aplicação das sanções tem mais caráter político do que jurídico. Está óbvio que os sistemas de controle interno de corrupção pelos órgãos do Estado, estariam muito mais sujeito à opressão e aos interesses da autoridade hierárquica e, mais ainda, haveria sempre alguma autoridade hierárquica que, embora com deveres administrativos e competências vinculados, estaria imune a qualquer sistema de controle.

²⁴ SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque, em *Cadernos de Teses do Ministério Público*, V Congresso Nacional do Ministério Público, Tomo II, p. 56.

A opção em tornar a sanção da improbidade administrativa em sanção da órbita judicial e entregar ao Ministério Público, órgão de natureza constitucional, a legitimidade concorrente²⁵ para atuar neste tipo de ação, foi justamente de permitir o exercício geral das prerrogativas de investigação e também dos direitos constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, por órgãos que estivessem distanciados da atividade puramente administrativa de gestão do Estado, em homenagem à imparcialidade e à necessidade de combate efetivo à impunidade e corrupção²⁶.

Sem embargo das opiniões dispostas, o importante é, neste tópico, admitir que há, para as sanções de improbidade administrativa, uma dimensão jurídica singular, assemelhada à sanção administrativa *stricto sensu*, e que serve de indicador para o conceito de tipicidade, dolo e culpa, em direito administrativo, como discorrido neste trabalho, mais adiante.

²⁵ Conforme o art. 17 da Lei n.º 8.429/92 há competência do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada, evidenciando o claro dimensionamento do interesse jurídico patrimonial do órgão afetado pelo prejuízo ao patrimônio público.

²⁶ Novamente EMERSON GARCIA (op. cit.) enfatiza a opção legislativa pela responsabilização judicial apontando-lhe, inclusive, as dificuldades: “*Ante a infima possibilidade de responsabilização política, que seria um eficaz mecanismo de prevenção e repressão à corrupção, resta a responsabilização perante os órgãos judiciais, o que pressupõe a tramitação de um demorado e custoso processo e o preenchimento de requisitos específicos, como o elemento subjetivo exigido pela norma (dolo ou culpa) e o enquadramento da conduta em uma tipologia específica. A distinção entre responsabilidade política e responsabilidade judicial, conquanto clara para o operador do direito, é quase imperceptível à população em geral. Como consequência, uma possível condenação judicial pode ensejar, aos olhos do leigo, o surgimento de um sentimento de ilegitimidade em relação ao Poder Judiciário, pois o agente político contou com o beneplácito dos parlamentares, que são representantes do povo, o que impossibilitou o simultâneo reconhecimento de sua responsabilidade política.*”

6. ATO OU ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade é sinônimo de desonestidade. A improbidade administrativa é assim denominada porque a desonestidade advém de um ato ocorrente na dimensão administrativa do Estado. Não há improbidade administrativa sem a participação de agente público, porque é elemento incondicional de sua aplicação que o ato ímprobo tenha decorrido de um exercício de competência pública por alguém que agiu em nome da Administração Pública.

Dado que a mobilidade da administração se manifesta através de atos administrativos (ou atividade administrativa), será, necessariamente, por estes que se inferirá a ocorrência da improbidade administrativa. Ressalve-se que há casos de cometimento de improbidade por omissão, exatamente quando o agente, movido por interesse próprio ou alheio, deixa de agir, onde havia prescrição expressa do "dever agir".

O ato administrativo em si, entendido como o móvel para a ocorrência da improbidade administrativa, deve ser visto de maneira ampla (*lato sensu*), ou seja, não há que se adotar diferentes posicionamentos em relação aos "atos de império" ou "atos de gestão", visto que qualquer um deles pode caracterizar o enriquecimento ilícito, a lesão ao erário público ou a ausência de preservação dos princípios administrativos (desvio de finalidade).

No Estado Democrático de Direito, a lei exige sempre deste Estado uma atuação, uma tutela ou uma garantia. Geralmente, portanto, a norma

é dirigida a uma atuação do Estado, cuja responsabilidade sempre estará a cargo de um determinado órgão para realizá-la.

A prática do ato administrativo se funda nos pressupostos de legalidade e de legitimidade. No Brasil, sempre houve um “respeito histórico” ao ato político do Administrador, influência clara do direito constitucional francês. Este respeito, por sua vez, fez com que houvesse uma divisão clássica entre os atos da administração em atos de função política e atos de função administrativa, para discutir se os primeiros seriam ou não passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Por atos de função política ou de governo, entendem-se aqueles dotados da carga propulsora do Estado para os seus fins ou, no dizer de Celso Ribeiro Bastos, “a razão essencial do Estado”.

Os atos de função administrativa, seriam os “atos jurídicos que produzem efeitos num caso concreto, praticado pela Administração Pública, enquanto Poder Público, isto é, fazendo valer sua autoridade, porém, atendendo aos interesses determinados pela lei e individualizados por características próprias.”²⁷

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, afirmou que, independente de sua natureza e da autoridade que a produza, os atos políticos não destoam de sua realidade administrativa:

“ Se dizem respeito à manifestação individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumprem estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de Direito, toma-se

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 1994, p. 91.

inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.

Sem dúvida, verificam-se na atividade estatal atos jurídicos que imprimem a direção superior da sua vida política, que formam e manifestam originariamente a sua vontade e cogitam dos órgãos a quem competem essas atribuições, ao lado de outros, mais subalternos, que completam e desenvolvem aqueles, na afirmação da utilidade pública, condicionando as relações internas com os próprios órgãos ou com terceiros. Mas, todos são atos administrativos ante o objetivo de que têm em mira.²⁸

Todo e qualquer ato praticado pelo Estado – seja político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em conseqüência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela validade das ações estatais, conclui-se que nenhuma questão, mesmo política, pode ser subtraída de sua apreciação.²⁹

Neste contexto, o ato administrativo promovido para gerar efeitos jurídicos, mas evitado da mácula de ofender aos princípios administrativos, ou tendente a causar prejuízo e enriquecimento ilícito, se sujeita ao controle jurisdicional, inclusive para imposição das sanções legalmente previstas.

A análise do ato administrativo está atrelada à avaliação dos princípios nele incidentes. Estes princípios têm importante papel, por seu sentido informativo e vinculador para a Administração Pública e para o agente que deve conduzi-la. Assim, há requisitos para o ato administrativo que são indissociáveis, em razão do caráter de interesse público indisponível.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 417/418

²⁹ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo, in Revista Trimestral de Direito Público 8/1994. Ed. Malheiros, p. 131.

O primeiro requisito é que o ato administrativo, sempre, deve estar voltado para uma finalidade e, esta, deve estar consoante o interesse público.

"Toda atividade administrativa tem caráter instrumental. O administrador público nunca age gratuitamente, mas, sim, sempre em função de um objetivo, qualificado pela lei como de interesse público, que deve ser atingido. O fim, e não a vontade, impulsiona a atividade administrativa pública. Não basta, portanto, demonstrar o fiel cumprimento da lei, no sentido da correção meramente formal do ato praticado. É imperioso demonstrar a aptidão do ato praticado para a realização concreta do valor contido no mandamento legal".³⁰

O principal de qualquer ato da Administração é o seu caráter teleológico. Todo o ato que não tiver clara a sua finalidade ou estiver turbado num manto de dúvida e incerteza, pode ser questionado, não só pelo resultado danoso que pode vir a produzir, como pela obscuridade dos motivos que levaram à decisão do ato. Quando o Estado manifesta seu querer, visa o interesse público. Quando este interesse não estiver expresso ou ínsito ao ato, viola os princípios da boa administração e da transparência e, de consequência, pode penetrar no campo da improbidade administrativa.

A dimensão do ato administrativo reside na perquirição de sua legalidade e finalidade. E estes elementos são demonstrados, mediante a necessidade de clara motivação. Embora a motivação seja elemento indicativo da finalidade e da legalidade, muitas vezes, ela está implícita ao próprio ato. A sua perfeita intelecção, portanto, depende do conteúdo do próprio ato. Carlos Ari Sunfeld afirma que a *motivação, anterior ou contemporânea ao ato é requisito*

³⁰ DALLARI, Adilson de Abreu. Administração Pública no Estado de Direito, *in* Revista Trimestral de Direito Público, 5/1994. Ed. Malheiros, p. 36.

insuprimível de sua validade, salvo 'quando estiver contida implícita e claramente no conteúdo do ato vinculado, de prática obrigatória, baseada em fato sem qualquer complexidade'.³¹

A implicitude da motivação, portanto, não representa dizer, necessariamente, ausência de motivação. Há que, por meios de critérios lógicos de interpretação, permitir a dedução desta motivação, a fim de lhe imprimir o caráter de interesse público exigido para o ato.

Por ser a motivação o elemento fundamental que caracteriza a finalidade do ato administrativo, sua dedução avaliará, inclusive, os elementos subjetivos que determinaram a postura do agente público. Caso esta dedução conclua, através dos meios lógicos de sua interpretação, que a conduta do agente se desviou da finalidade pública, há que se admitir que os aspectos subjetivos que determinaram o ato também estavam envolvidos de desvios, seja por erro (equivocada avaliação dos fatos da realidade) seja por dolo ou culpa (cognição correta dos fatos, mas desviada por atitude voluntária ou descuidada do agente).

Esta conclusão é importante para a avaliação do ato administrativo. Não pode haver imputação ao agente de uma "responsabilidade objetiva" por ato administrativo desviado, mas deve ser admitido que se avalie, no conjunto dos elementos que compõem este ato, se houve, em algum momento, desvio subjetivo da finalidade permitindo uma inferência quanto à responsabilidade por improbidade administrativa ou responsabilidade disciplinar.

³¹ SUNFELD, Carlos Ari. "Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados". Revista de Direito Público, 75/118 e seguintes.

A interpretação do ato administrativo ilícito, para avaliar a responsabilidade subjetiva nele inserta, deverá se valer de elementos e critérios lógicos ou lógico-sistemáticos, que admitirá a ocorrência do dolo ou da culpa, quando estiver excluída qualquer hipótese de boa-fé do agente. Não é dado ao intérprete presumir 'dolo' ou 'culpa': a admissão da ocorrência deverá obedecer uma operação interpretativa que não deixe dúvidas ou indagações.

Resta, enfim, concluir que (i) o ato administrativo (compreendido neste termo, qualquer atividade administrativa ou mesmo a omissão) é o móvel pelo qual se caracteriza a responsabilidade do agente por improbidade administrativa; (ii) o ato administrativo, compreendido assim como qualquer ato proferido de agente competente em nome do Estado, indistintamente, deve respeitar a finalidade pública e conter a motivação ou elementos claros que permitam a dedução desta motivação; (iii) a avaliação da motivação acarreta na avaliação dos elementos subjetivos levados em conta pelo agente no momento da externalização do ato; (iv) os elementos subjetivos, explícitos ou implícitos, quando o ato administrativo se desvia da finalidade pública, deverão ser avaliados sob a ótica do erro, do dolo ou da culpa; (v) as inferências que se extraírem do ato administrativo devem considerar todas as hipóteses possíveis de avaliação, sob a ótica da finalidade pública, admitindo o desvio subjetivo somente quando não houve possibilidade de se considerar, em nenhuma delas, a preservação do interesse público; (vi) os atos administrativos com desvio de finalidade permitem a avaliação sob a ótica da lei da improbidade administrativa, visto que esta não só admite, como exige, a concreta avaliação da atuação subjetiva, além dos dados

objetivos que determinaram a lesão aos princípios administrativos ou ao patrimônio público.

7. AS DIFERENTES FORMAS DE TRATAMENTO JURÍDICO DOS DANOS DECORRENTES DAS INTER-RELAÇÕES ENTRE O ESTADO E O INDIVÍDUO.

Para concluir este primeiro capítulo deste trabalho, resta-nos estabelecer, diametralmente, as diferentes formas de relacionamento entre o Estado e o indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 ratificou a proclamação da Teoria do Risco Administrativo nas tutelas onde o Estado, por ação ou omissão, através de um nexo de causalidade, venha a causar algum dano ou lesão a direito do indivíduo particular. No sentido, então, do tratamento jurídico do dever de reparar os danos, materiais e morais, o Estado é responsável objetivo pelos danos que cause a particulares. Sublinhe-se, todavia, que o Estado, segundo a norma jurídica, tem o dever único de reparar o dano atribuindo-se mero caráter de exigir do Estado que reponha as coisas no estado em que as encontrou. Não há qualquer espécie de castigo ou pena diversa da reparação de dano³².

No sentido contrário, ou seja, nos danos que o indivíduo, por seus atos, causa à Administração Pública e ao patrimônio público em geral, há diferentes soluções jurídicas, dependendo da natureza do direito lesado, do

³² Recorde-se que a reparação de danos não pode ser tida como uma espécie de sanção (pena), como preleciona FÁBIO MEDINA OSÓRIO: “ *As medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflitivo ou disciplinar, mas sim restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do direito civil.* (in *Direito Administrativo Sancionador, op.cit., p. 95*)

tratamento jurídico dado ao indivíduo (dividido entre ato de agente em função pública e ato da vida particular em geral) qual o dano causado, qual a repercussão social e moral deste dano e que tipos de sanções são prescritas.

Haverá, neste universo, espaço para discutir a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal, obviamente, quando incidentes.

Para a responsabilidade civil, importarão os danos que o indivíduo venha a causar aos interesses patrimoniais da pessoa jurídica da Administração Pública. Valerão, neste caso, para o indivíduo as mesmas regras jurídicas que se aplicam a qualquer pessoa física ou jurídica no dever de indenizar ou de reparar o dano.

Para a responsabilidade penal importarão as condutas dos indivíduos que, por afetarem bens jurídicos previamente tutelados pelo direito penal, são consideradas crimes, aplicando-se, neste caso, todo o aparato repressivo próprio do sistema penal brasileiro.

Para a responsabilidade administrativa, como esboçado em breves linhas, haverá uma gama de diversos tipos de sanções, subdivididas em categorias, dependendo da qualidade do sujeito e o interesse lesado. O contorno da responsabilidade administrativa é estipulado a partir da lesão à Administração Pública, ora se aproximando mais da responsabilidade civil, ora da responsabilidade penal, ora mesmo da tutela constitucional, mas possuindo características próprias, modernamente coligidas sob o título de Direito Administrativo Sancionador.

A diferença mestra da responsabilidade do administrado para o Estado em comparação com a responsabilidade do Estado para o administrado é que, para o administrado sofrer qualquer tipo de sanção ou obrigação, há que se imputar, necessariamente, a responsabilidade subjetiva, como acentuado por Romeu Felipe Bacellar Filho, e que será foco do próximo capítulo:

*“A responsabilidade do agente perante o Estado é sempre subjetiva, portanto, a sua conduta deverá ser analisada mediante devido processo administrativo ou procedimento judicial cabível, observadas todas as garantias processuais”.*³³

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 198.

II – TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

1. DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO PENAL E DIREITO CIVIL

Historicamente houve uma preocupação de tentar se separar os ramos do direito público do direito privado. Por muito tempo, esta diferença teve significância, inclusive, para distinguir situações conflituosas e se criou uma ambiência de limite entre os diferentes campos do direito, admitindo-se apenas interferências recíprocas casuais.

RUGGIERO, avaliando os campos de direito, público e privado, os diferenciava: *“público é o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos, quando procede em razão do poder soberano e atua na tutela do bem coletivo; direito privado é o que disciplina as relações entre pessoas singulares, nas quais predominada imediatamente o interesse de ordem particular”*.³⁴

Os conceitos jurídicos, todavia, não se transmudam de acordo com a realidade do direito em avaliação. O que pertence ao ramo do ‘dever ser’ em um determinado ramo, não pode pertencer ao ramo do ‘não-dever ser’ em outro. Admite-se, em alguns casos, a especialização, conforme a doutrina. A teoria geral do direito, contudo, indica que os elementos jurídicos mais relevantes possuem traços comuns, indiferentemente do campo de abordagem.

³⁴ RUGGIERO, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Ed. Forense, 10ª ed, Rio de Janeiro, 1987. p. 14.

Os elementos da responsabilidade subjetiva, o dolo e culpa, são assim: possuem um núcleo de conceituação comum, tanto no direito civil, como no direito penal ou no direito administrativo. Neste núcleo de conceituação, estes conceitos não apresentam qualquer diferença.

Mas, afinal, há diferença na avaliação do dolo ou da culpa nos diferentes ramos do direito? Para se encontrar a resposta, há que se pesquisar o conteúdo finalístico (que, aqui, denominamos de *missão*) de cada um destes ramos, buscando a especificação dos conceitos, de acordo com a necessidade de aplicação destes.

Há uma tendência natural em se estabelecer o dolo com a má-fé e a má-fé com a desobediência do direito. Há, todavia, atos dolosos que não possuem repercussão penal alguma, mas de vital importância ao direito civil, por exemplo. Nestes casos, portanto, dada a irrelevância jurídico-penal não se pode equiparar o dolo com o sentido de ilegalidade. Da mesma forma, isto vale para o Direito Administrativo e, em especial, quando se exige a aplicação de alguma sanção legal ao sujeito infrator.

Este trabalho busca emoldurar os elementos conceituais de dolo e culpa, tanto na esfera civil como na esfera penal e compará-los ao direito administrativo. O objetivo é verificar se há necessidade de uma compreensão específica destes conceitos para fins de aplicação das sanções administrativas.

O método comparativo aqui utilizado adotou os ramos tradicionais do direito civil e do direito penal, para permitir a justaposição de sua aplicação conforme o direito administrativo, de modo a estabelecer os elementos de convergência ou divergência entre estes. Para isso, parte-se da missão finalística

de cada um destes ramos, como forma de definir o campo de incidência dos conceitos da responsabilidade subjetiva e, após, equiparar os métodos de aplicação do dolo e da culpa.

2. MISSÃO DO DIREITO PENAL

Em sua recente obra "Introdução ao Direito Penal", Paulo César Busatto e Sandro Montes Huapaya sintetizaram, com notável clareza, o conceito e os fins do direito penal, estabelecendo a importância deste entendimento no sistema constitucional brasileiro. Sintetizam como missão do Direito Penal a defesa dos bens jurídicos (função protetiva), entendido este como um "valor da vida" humana protegido pelo Direito.

Adotando a lição de Muñoz Conde, afirmam que a missão do Direito Penal é a preservação dos bens jurídicos. Com a adoção do bem jurídico com missão do Direito Penal, *"se 'põe em estreito contato a determinação da missão do Direito Penal com o critério da Justiça que utiliza a Política Criminal na hora de determinar o que é que merece uma pena', na medida em que concreta em uma situação mais evidente à sociedade as razões pelas quais se penaliza o comportamento, 'oferece um substrato empírico ao qual estão vinculados o legislador penal e os deveres de atuação que a lei penal formula' e torna 'plausíveis, mais claras e justas, as decisões do legislador a respeito do âmbito e técnica de proteção'".*³⁵

³⁵ BUSATTO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, RJ, 2003, p. 1, 50 e 70.

Nesta obra transcendem a idéia meramente formalista de que o Direito Penal seja mero conjunto de normas que descrevem comportamentos reprováveis, para estabelecê-lo como mecanismo de *preservação da ordem social*, utilizando-se da pena como última *ratio* da aplicação dos sistemas coativos estatais.

3. MISSÃO DO DIREITO CIVIL

O direito civil, assim denominado para diferir de outras especialidades, é, em sua essência, a regulação das relações privadas. Orlando Gomes, repartindo o conceito de direito civil, em seus sentidos objetivo e subjetivo, assim compreende:

** No sentido objetivo designa o conjunto de preceitos reguladores das relações entre os indivíduos como particulares. No sentido subjetivo, o poder de ação que esses preceitos asseguram à generalidade dos indivíduos.³⁶*

Compreende o direito civil, não somente os direitos patrimoniais, mas também direitos extrapatrimoniais, como, por exemplo, o direito de família.

Diferentemente, do direito penal que, pelo seu caráter fragmentário, escolhe quais os bens jurídicos tutelados, o direito civil tem como missão compor os conflitos de ordem e caráter particular, baseado nos exercícios das liberdades e direitos constitucionalmente reservados aos cidadãos. Não há, portanto, bens jurídicos a serem taxativamente preservados, mas uma plêiade de

³⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Ed. Forense, 8ª. ed., Rio de Janeiro, RJ, 1986, p. 24.

direitos que surgem e desaparecem, determinados pelo exercício de liberdades e garantias, e que são compostos e resolvidos em razão dos conflitos que geram.

4. MISSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

*Maria Sylvia Zanella di Pietro define o direito administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.*³⁷

Tomando-se este conceito como referencial para definir a missão do direito administrativo vê-se que, em sentido estrito, ele visa fazer com que a Administração Pública realize as suas finalidades e, em sentido amplo, compreende a tutela de interesses do Estado, seja enquanto personalidade jurídica, seja enquanto entidade protetora de interesses meta-individuais garantidos pela Constituição e definidos como obrigações do Estado.

O direito administrativo, assim entendido, compreende as defesas da personalidade jurídica do Estado, equiparado a qualquer ente jurídico, mas, além, compreende situações de interesse geral contemplados como realização do Estado.

Nesta abrangência, comparativamente ao direito penal e ao direito civil, o direito administrativo não compreende somente a proteção de bens jurídicos declarados, como o direito penal e vai além da defesa dos interesses da

³⁷ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 12ª ed., Ed. Atlas Jurídico, São Paulo – sp, 2000, pp. 52.

personalidade jurídica do Estado, aplicando noções de direito civil. Reserva-se, em verdade, um misto entre a tutela de bens jurídicos (a maioria de origem constitucional) e o exercício dos direitos da personalidade jurídica. Com isso, a Administração Pública, para cumprir tais missões, utiliza-se, não só da base principiológica própria do direito administrativo, como também usa, alternativamente, de institutos clássicos provenientes tanto do direito civil como do direito penal.

5. INTERAÇÕES ENTRE OS RAMOS DO DIREITO. EXAME COMPARATIVO DOS ILÍCITOS.

A avaliação dos sistemas normativos do direito civil, do direito penal e do direito administrativo prende-se não só ao caráter teleológico de cada um destes ramos, mas também ao conteúdo de leis de que são compostos

Não há, no entanto, um "muro de Berlim" entre os sistemas normativos, admitindo-se uma troca entre eles, porque todos estão inseridos dentro de um sistema maior, de origem constitucional, que estatui o ordenamento jurídico.

Estas interferências permitem a aproximação dos conceitos dos institutos jurídicos, aceitando nuances de especialização motivadas tão-somente pela necessidade do cumprimento das finalidades de cada ramo.

Como já dissemos, a responsabilidade subjetiva, possui um núcleo conceitual imanente a todo tipo de dolo e de culpa. As diferenças de aplicação decorrem das finalidades específicas de cada ramo, em razão da importância de

sua aplicação e da necessidade voltada para a resolução do conflito ou aplicação da sanção.

6. SÍNTESE DA CONCEPÇÃO GERAL DE DOLO E CULPA. CONCEITOS ESPECÍFICOS.

Os conceitos de dolo e culpa, em razão das particularidades de cada ramo jurídico, não possuem discrepância nos núcleos significantes. O que varia é a graduação e a finalidade para sua aplicação dependendo da situação jurídica concreta. Tratando-se de elementos subjetivos do ilícito, sua aplicação será avaliada de acordo com a necessidade e de acordo com o direito que se visa proteger.

Adiante, serão estudados estes núcleos de significação e apontados os eventuais sentidos que se dão para a avaliação da responsabilidade subjetiva, através do dolo e da culpa.

7. DOLO

O objeto central desta fonte de significação é exatamente o conceito de má-fé. Originariamente, o conceito de dolo (do latim *dolus, doli*) não era sinônimo de "má-fé", sendo que a carga pejorativa que atualmente possui foi adquirida, através dos tempos, notadamente pela sua conceituação jurídica. Era sim expressão que significava *artifício, maquinação, engenho, esperteza*, tanto que os romanos distinguiam o dolo "bom" do dolo "mau", onde o primeiro seria o

artifício “legítimo” e o segundo seria artifício “perverso”, coligado ao negócio entre duas partes.³⁸

A palavra “dolo” ganhou significado negativo, alçada a esta condição, exatamente pelo conceito jurídico-normativo que ganhou do direito civil³⁹ e, especialmente, do direito penal⁴⁰.

A partir do direito penal, o dolo adquiriu notável carga semântica e, deixando de ser palavra substantiva, passou a adjetivar tudo aquilo que é “querido por má-fé”, e o que era sinônimo de “*artifício de má-fé*”, passou a significar a própria “*má-fé*”.

Este é, então, o núcleo conceitual de dolo, oriundo da teoria do direito penal e reverberado tanto na teoria do direito civil, como no direito administrativo.

No direito penal, é comum vermos o conceito de dolo como o “*querer do resultado típico*”⁴¹, ou “*a vontade dirigida à realização do tipo penal*”⁴². Verifica-se que há uma justaposição do elemento subjetivo (vontade) ao elemento objetivo (resultado típico lesivo a bem jurídico), cuja integração se dá exatamente pelo vínculo dirigido pelo agente, através do dolo.

³⁸ SARAIVA, Vicente de Paulo. *Expressões latinas e forenses*. Ed. Saraiva, São Paulo – SP, 1999, p. 327/328/329.

³⁹ O Código Civil atual não conceitua o dolo, mas prescreve ele como causa de anulabilidade do negócio jurídico, conforme art. 145: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”, dando a conotação clara de que se trata de um engenho visando prejuízo de outrem.

⁴⁰ O Código Penal Brasileiro, ao contrário, definiu claramente o que é dolo no art. 18, inserindo-o na manifestação de vontade do agente: “Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul e Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, 1997, p. 482.

⁴² MIRABETE, Julio Fabrini. *Direito Penal Interpretado*. Ed. Atlas Jurídico, São Paulo, SP, 2000, p. 166.

Esta integração, todavia, não impede apontar que o dolo esteja situado na “vontade”. Para isso, Zaffaroni e Pierangeli⁴³, reconhecem o dolo como uma estrutura de vontade baseada no conhecimento pressuposto ao querer (elemento cognoscitivo do dolo) e o próprio querer (elemento volitivo do dolo). Sua teoria, em síntese, afirma que, para que o ato seja efetivamente doloso, o agente deve conhecer efetivamente como pode realizar a conduta proibida e também deve querer realizar a conduta proibida. Os dois momentos, enfeixados, são o que se chamou de “representação” e “vontade”. Não se dissente, portanto, que o exame do dolo, no direito penal, faz a digressão do ato do agente a partir dos elementos internos de conhecimento e vontade.

No direito civil, por não haver uma correlação direta da expressão de vontade com uma norma tipicamente proibida, como no direito penal, o conceito de dolo tem uma visão mais aberta e mais próxima da origem romana. Caio Mário da Silva Pereira conceitua dolo como “*a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir*”⁴⁴.

Percebe-se, claramente, que a idéia de dolo, tal qual no direito penal, se aproxima do elemento volitivo do agente e, partindo desta vontade, se espraia no ato juridicamente relevante, sob a forma de infração ou falta (ilícito). Neste aspecto, o único elemento aparentemente diferenciador é que o direito civil, por não estar vinculado diretamente a um rol de tipos proibidos, é mais rigoroso no

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 484.

⁴⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mario. Instituições de direito civil, vol. II (teoria geral das obrigações), 8ª ed. Ed. Forense, Rio de Janeiro – RJ, 1986, p. 223.

sentido de estabelecer a imprescindibilidade do "conhecimento da ilicitude", como elemento caracterizador⁴⁵.

A par disso, interessa relevar que, tanto para um ramo como para outro ramo do direito, o elemento "dolo" está, intrinsecamente, ligado à idéia de representação (conhecimento geral das circunstâncias do ato pelo agente e liberdade de ação) e de vontade (querer efetivamente realizar tal ato).

Esta conclusão não é diferente no direito administrativo. Ao se buscar estabelecer uma parametrização dos conceitos do dolo, recorrendo-se à doutrina, percebe-se que, em muitos casos, houve equiparação dos conceitos de dolo, ou do direito penal ou do direito civil. Em alguns casos, o elemento "dolo" somente foi situado como elemento integrativo do ato administrativo juridicamente relevante.⁴⁶

Marçal Justen Filho, em sua recente obra "Curso de Direito Administrativo", ao avaliar a responsabilidade por improbidade administrativa, afirma que *"a configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de promover as condutas improbadas. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade"*.⁴⁷

Adotou, portanto, a mesma postura desenhada por Zaffaroni e Pierangelli quando falavam dos aspectos de consciência (ou representação ou

⁴⁵ No direito penal, o desconhecimento da lei é, de regra, inescusável, sendo admitida como exceção a justificativa para desconhecimento inevitável do ilícito

⁴⁶ Percebe-se, claramente, esta preocupação em parte da doutrina, especialmente aquela que concebe que a improbidade administrativa possui "forte conteúdo penal", expressão forjada pelo Ministro do STF, Nelson Jobim, em seu voto no processo de Reclamação n.º 2138-STF, conclusão esta que induz a aceitação clara do conceito de dolo equiparado ao direito penal.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 687.

aspecto cognoscitivo do dolo) e de intenção (ou vontade ou aspecto volitivo do dolo), bem como da idéia defendida para o direito civil.

Fábio Medina Osório também ressalta o aspecto volitivo atinente ao dolo afirmando que *“o dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie.”*⁴⁸

Há, portanto, uma raiz comum ao conceito de dolo, baseado na idéia de “representação e vontade” e que, independentemente da forma de aplicação, estes elementos deverão ser levados em conta não somente como forma de apontar o dolo, mas como, incidentalmente, encontrar causas de justificação do ilícito para excluir a incidência dele.

8. CULPA

Adotando os mesmos critérios comparativos ao dolo, encontramos que o conceito de culpa, independentemente do ramo do direito pesquisado, também possui um núcleo comum.

Orlando Gomes traz o conceito de culpa em direito civil *como a violação de um dever jurídico por negligência, imprudência e imperícia*, afirmando que ela se manifesta através da *violação de um dever jurídico oriunda de contrato, ou de dever jurídico existente independentemente de qualquer vínculo*

obrigacional. Divide, em razão do interesse jurídico protegido, a culpa em culpa contratual, quando advinda de um contrato, da culpa extracontratual ou aquiliana, quando ela é induzida a partir de um dever jurídico previamente estabelecido em lei.⁴⁹

Zaffaroni também situa a culpa, no direito penal, dentro da transgressão de um dever de cuidado na busca de uma finalidade, ocasionado para negligência, imprudência ou imperícia:

“O tipo culposo não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque na forma em que se obtém essa finalidade viola-se um dever de cuidado, ou seja, como diz a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta, dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”⁵⁰

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ao avaliar o conceito de culpa descrito na Lei n.º 8.429/92 afirmam que *“o ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia”*.⁵¹

Aceitando, portanto, tais noções do conceito de culpa, vê-se que esta se traduz, movido para um fim legítimo, mas que sofre na execução um abandono do “dever de zelo” ou “dever de cuidado” e, com isso, permite a ocorrência do ilícito juridicamente relevante. A diferença entre os prismas civil, penal e administrativo ocorrerá, justamente, porque cada um destes ramos, define

⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998, p. 135.

⁴⁹ GOMES, Orlando, op. cit., p. 416.

⁵⁰ ZAFFARI, Eugenio Raul e PIERANGELLI, José Henrique, op. cit., p.509.

⁵¹ GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério, op. cit., p. 317.

(através da legislação) o que é relevante juridicamente para ser considerado 'ilícito' e cuida de definir tais responsabilidades.

Não se nega, no entanto, que a matriz nuclear da culpa é comum a qualquer instituto normativo, verificando-se uma vontade lícita e um defeito na execução, onde o sujeito deixa de prever ou acredita que não vá ocorrer o evento danoso.

9. PARAMETRICIDADE DO CONCEITO DE DOLO E CULPA, NOS DIREITOS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVO: DIFERENÇAS OBJETIVAS

Os núcleos conceituais do dolo e da culpa são idênticos a qualquer ramo do direito. Ainda que se objete que, historicamente, a doutrina realizou investigação mais profunda, neste ou naquele ramo normativo, não há que se negar que estes núcleos se enfeixam num mesmo conteúdo significante.

Ainda que os conceitos de dolo e culpa não tenham um conceito isolado, há um ponto comum em todos eles, que é objeto de estudo de diferentes escolas doutrinárias e que permanece propenso à inserção em todo e qualquer ramo do ordenamento jurídico.

Mas, aceitando-se a idéia de que há semelhança nos planos de conhecimento do dolo e culpa em diferentes textos legais, remanesce a questão de identificar quais as diferenças de aplicação destes elementos e responder o porquê destes ramos darem maior ou menor importância a eles.

Entendemos que a diferença gradual do dolo e da culpa nos diferentes ramos é de aplicação, conforme já afirmado. O conteúdo normativo e a

finalidade da norma elegem a necessidade de aplicação destes núcleos normativos com maior ou menor intensidade, de acordo com o bem jurídico posto a salvo. Não se pode olvidar que toda norma jurídica é composta de valor e estes valores representam as escolhas sociais que, por sua vez, determinam a própria eficácia da norma e a imprescindibilidade da aplicação do direito.

Estas diferenças parecem ficar mais claras à medida que se faça uma leitura teleológica da divisão do Direito: cada ramo do direito tem um escopo, uma finalidade (que tratamos aqui como 'missão') e a garantia de realização destas finalidades, passa pela necessidade de se definir, para cada um deles, o que é ilícito e de que forma deva ser punido tal ilícito. No interior da noção do dolo, portanto, há identidade de valores e sua aplicação, ou seja, o caminho a que se destina este dolo é que delimitará sua maior ou menor irradiação.

A finalidade do direito é que determinará um estudo específico sobre dolo e culpa, justamente em razão de sua relevância. Para o direito penal, o conceito de dolo e culpa é imprescindível para a sua própria funcionalidade, isto é, estes conceitos estão inseridos diretamente nos tipos penais, de forma a categorizar que a aplicação do direito penal induza a avaliação concreta do dolo. Tal importância está estampada no art. 18 do Código Penal que define textualmente o que são crimes dolosos e o que são crimes culposos.

Não se nega, também, que, em razão do caráter fragmentário (possibilidade de 'escolha' de quais direitos devam ser tutelados) do direito penal e da relevância essencial do dolo e culpa, a tarefa de compreensão fica indicada pelo próprio conteúdo da norma, isto é, o direito penal diz quais são as condutas tipicamente imputáveis e as classifica de modo a definir se a aplicação se dará em

caráter de dolo ou caráter de culpa, de acordo com a importância do bem jurídico protegido.

No direito civil, de outra forma, a culpa e o dolo estão contidos, muitas vezes, no mesmo conceito. Os ilícitos civis não se enquadram em tipos: eles serão identificados a partir da ocorrência de um prejuízo patrimonial ou interesse legitimamente protegido pelo direito civil⁵². Mas o conceito jurídico de ilícito demonstra que, muitas vezes, não há qualquer importância em diferenciar o dolo da culpa para fins de responsabilização, bastando para a caracterização do ilícito que *tenha sido causado prejuízo ou dano a outrem*.

Ainda assim, há relevância jurídica para dolo e culpa, tanto é que tais conceitos vêm contemplados em diversos artigos do atual Código Civil. Em razão das finalidades estruturadas normativamente e da própria finalidade do direito civil em compor conflitos de ordem e caráter particular, a exigência destes conceitos pode, ou não, ocorrer. Nos casos legais de responsabilidade civil objetiva, por exemplo, sequer há preocupação em fazer avaliação destas noções, visto que é elemento despiciendo para caracterizar o dever de indenizar.

O direito administrativo, por sua vez, integra-se através de um conjunto de regras e princípios que incide diretamente sobre a ação administrativa. Esta ação administrativa compreende a atuação interna da Administração Pública, submetendo o administrado a respeitar o corpo burocrático

⁵² Por óbvio que há direitos extra-patrimoniais que se valem dos conceitos de dolo e culpa para definir responsabilidades: a separação judicial (art. 1572,CC) é um dos exemplos, onde a culpa pode ser considerada relevante para definir a guarda dos filhos, retira o direito do uso do sobrenome do cônjuge culpado, entre outros..

definido para o funcionamento da máquina⁵³ e compreende também a necessidade de se impor, externamente, força coativa aos serviços prestados e aos deveres estatais. A imposição dos deveres se dá através de regramentos específicos para cada tipo de serviço prestado ou cada exercício de direito que deva ser protegido⁵⁴.

A amplitude de textos legais que compõe o direito administrativo é infundável. Não há um "código administrativo", mas várias normatizações que prevêm as sanções aplicáveis pela ordem do direito administrativo. A norma administrativa, por vezes, buscar atingir toda a coletividade; às vezes, se destina a apenas um grupo de indivíduos (os servidores públicos, alguma categoria de profissionais, etc.).

Justamente por ser composta de vários subsistemas de normas específicas, cada uma voltada para o cumprimento de um desiderato estatal, a tarefa de definir qual a identidade comum do Direito Administrativo em seu aspecto sancionador, é mais complexa. A par destas dificuldades, é o **interesse público *lato sensu*** que move os interesses da Administração Pública e a justificativa para a existência e aplicação de sanções.

⁵³ Compreendido pelo regime administrativo disciplinar que impõe deveres aos servidores públicos federais e a proteção aos direitos patrimoniais da pessoa jurídica de direito público interno, em caso de dano causado por terceiro.

⁵⁴ Compreendido por diversas classes de regulamentos que estabelecem direitos e deveres e que, pela importância de determinadas tutelas impõe sancionamento, como ocorre com as regras de trânsito, os direitos do consumidor, os direitos da criança e do adolescente e os corporações profissionais cuja normatização estabelecem sanções (advogado, médico, engenheiro, enfermeiro, etc.). A cada um desses serviços que devem ser protegidos pelo Estado há uma correlata legislação que prescrevem normas de conduta e normas de proibição: para o funcionamento do trânsito, o Código Brasileiro de Trânsito (Lei n.º 9.503/97), para os direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), para a garantia de proteção aos direitos da criança e adolescente através de sanções administrativas, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) e para cada categoria profissional uma normatização prévia e específica (v. g. Estatuto do Advogado)

A focalização da incidência das noções de dolo e culpa, no âmbito do direito administrativo, portanto, deve ser lida sempre sob a égide do conceito de *interesse público*.

Ao se afirmar que a composição do direito administrativo se dá através do conjunto de regras e princípios, demonstra-se clara preocupação em enfatizar o caráter normativo dos princípios, visando imprimir-lhe a eficácia de sua aplicação e o alcance maior destes no plano de efetividade. Esta importância dada aos princípios provém da própria Constituição Federal que, ao iniciar, o capítulo sobre a Administração Pública, prevê expressamente os princípios norteadores dos atos da administração (art. 37, Constituição Federal). Não é, portanto, apenas uma síntese doutrinária, mas uma imposição normativa.

A coabitação de regras e princípios determina um plano normativo de caráter aberto, para que a aplicação correta do direito seja receptiva à aceitação da interpretação conforme o caso concreto, e o plano da validação da norma, muitas vezes, se dará, não na mera descrição normativa, mas na conjunção desta com a interpretação valorada do caso concreto.

Esta sistematização é relevante porque, diferentemente do direito penal, o direito administrativo não está adstrito a uma tipologia exauriente e fechada, mas a uma tipologia conceitual e aberta, o que demandará um esforço maior do intérprete e do aplicador do direito. Não se nega, todavia, que ainda que aberta, o direito administrativo exigirá uma tipologia, conforme esclarece Fábio Medina Osório:

** O princípio da tipicidade das infrações administrativas decorre, genericamente, do princípio da legalidade, vale*

dizer, da garantia de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5.º, II, CF/88), sendo que a Administração Pública, ademais, está submetida à exigência da legalidade administrativa (art. 37, caput, CF/88), o que implica necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-los.⁵⁵

A vinculação ao princípio da legalidade e ao princípio da tipicidade, por outro lado, representa a diferença causal da abordagem sobre o dolo e a culpa entre o direito administrativo e o direito civil, visto que, para este último, interessa mais aplicar as noções de dolo e culpa, de acordo com o interesse litigado do que com a ruptura ou não do direito.

Exemplo claro disso, é a regra do art. 150 do Código Civil, que dispensa a avaliação, sob o enfoque do dolo, quando ambas as partes assim tiverem agido: *“Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização”*. Neste caso, embora possa ter havido o dolo, e este possa passar sob a avaliação do intérprete, ele será incapaz de gerar responsabilidades o que, sob o enfoque teleológico, representará a sua dispensabilidade em relação ao fato jurídico examinado.

No direito administrativo, *contrario sensu*, a avaliação sob o enfoque do dolo e da culpa será imprescindível para fins de reconhecimento da responsabilidade, tal qual no direito penal, o que evidencia a exigência incidental dos princípios da tipicidade e da legalidade.

⁵⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 207/208.

Percebe-se, portanto, que embora haja zonas de convergência entre aplicação do conceito de dolo no direito penal, no direito civil e no direito administrativo, há diferenças essenciais, baseadas nos interesses e objetos protegidos por cada um dos ramos.

Aceitando, portanto, este enfoque prismático, propugnaremos, a seguir, uma avaliação clara da teoria do dolo e da culpa para o direito administrativo. Até aqui, verificou-se a existência da necessidade de imputação da responsabilidade subjetiva do administrado em razão do conteúdo normativo produzido pela Administração na gerência de suas tarefas constitucionais. Também, concebeu-se que o enfoque dos conceitos de dolo e culpa, em direito administrativo, embora importe valores do direito penal e do direito civil, não se confundem integralmente com eles, justamente por uma diferença de finalidade. No terceiro capítulo, serão avaliados quais princípios e quais as dificuldades de avaliação do dolo e da culpa para a aplicação do direito administrativo, a partir do seu caráter sancionatório, discutindo a necessidade ou não de uma "teoria do dolo e da culpa", para o direito administrativo.

III – O DOLO E A CULPA NO DIREITO ADMINISTRATIVO. ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

1. DOLO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1. AUSÊNCIA DE CONCEITO POSITIVO DE DOLO. AMPARO NORMATIVO.

Não há em textos normativos que regulam matérias ligadas ao direito administrativo, o conceito positivo de dolo. A menção expressa⁵⁶ à caracterização de dolo, somente tem textura legal provinda do art. 18 do Código Penal. Sua aplicação, no direito administrativo, no entanto, deve ser mensurada no sentido de sua finalidade, visto que sua aplicação não é idêntica e não se aplica da mesma forma como é projetado para o direito penal.

Um dos elementos que diferencia o dolo em direito administrativo do dolo no direito penal é a questão da tentativa. As infrações administrativas se baseiam na consumação de um resultado. Não há qualquer relevância jurídica

⁵⁶ São exemplos de textos normativos que prevêem responsabilidade dolosa, sem contudo, haver um conceito jurídico do que caracteriza tal dolo:

- A lei federal n.º 7889/89, em seu art. 2º menciona o dolo quando houver infração à legislação referente aos produtos de origem animal, como forma de minimizar a sanção, apenas com advertência, sem cominação de multa ou apreensão de produtos.
- A lei federal n.º 8.158/91 que regula a defesa da concorrência, em seu art. 22, afirma que, independe de apuração de dolo e culpa, mas sim dos efeitos econômicos negativos a apuração e aplicação de medidas aos atos contrários àquela lei.
- A lei federal n.º 9.605/98, que trata das infrações administrativas relativas ao meio ambiente, estabelece aplicação de multa para que, dolosa ou culposamente, impedir ou embaraçar a atividades de fiscalização dos órgãos do SISNAMA.
- A lei federal n.º 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) estabelece a responsabilidade profissional do advogado quando agir com dolo ou culpa.
- A lei federal n.º 8.112/90 que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, estabelece em seu art. 122 a responsabilidade civil do servidor: A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, *doloso* ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros, fazendo a ressalva que os prejuízos causados dolosamente ao erário público poderão ser liquidados sob a forma de descontos em folha de pagamento, em parcelas que não excedam 10% (dez por cento) dos salários.

para a aplicação da responsabilidade administrativa de agente que tentou desviar dinheiro da Administração Pública e não consumou o fato⁵⁷. Responderá, eventualmente, por uma infração, de caráter formal, de menor intensidade, mas nunca responderá pela “possibilidade de prejuízo”, porque, para o direito administrativo, isto é juridicamente irrelevante.

Alguns autores que afirmaram conceitos de dolo em direito administrativo, estabeleceram tais conceitos baseados na significação dos conceitos de “representação” e “vontade”. Há que se ressaltar, todavia, que a abordagem sobre o dolo⁵⁸ somente ocorrerá, desde que haja a obtenção positiva do resultado pretendido, isto é, deve haver a consumação do ilícito, para justificar a avaliação da responsabilidade subjetiva.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que *“o dolo (para fins de aplicação da lei de improbidade) que se exige é o comum; é a vontade genérica de fazer o que a lei veda ou não fazer o que a lei manda.”*⁵⁹

Fábio Medina Osório, também, sobre a improbidade administrativa, afirmou que *“O dolo é a vontade e a consciência de realizar a conduta, ou seja, o caminho intencional percorrido pelo agente. A intenção pressupõe a consciência.”*⁶⁰

⁵⁷ Mesmo a Lei n.º 8.429/92, a lei de improbidade administrativa, baseou a estrutura de suas sanções, baseados na consecução de resultados. Não se pode afirmar, tampouco, que a tentativa de desvio de verba pública, em determinados casos, acarretaria em lesão aos princípios administrativos (art. 11 do mesmo texto), visto que aqui a punição se dará em razão do caráter autônomo da ação administrativa descompassada dos lineamentos principiológicos e não por se tratar de uma “tentativa de desvio”.

⁵⁸ Esta abordagem ainda não está claramente dimensionada na doutrina. No entanto, é necessária tal afirmação porque a avaliação da responsabilidade subjetiva se dará sempre que o ato tenha produzido o resultado danoso o que, circunstancialmente, afasta a hipótese de admissibilidade de aplicação da sanção administrativa por “tentativa”.

⁵⁹ MAZZILI, Hugo Nigro, A defesa dos interesses difusos em juízo, 7. ed. Saraiva, São Paulo, p. 162.

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 326.

Rita Tourinho também esboçou a aplicação do conceito do dolo em direito administrativo, abordando tanto o dolo direto como o dolo eventual:

"Dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado. (...) Age com dolo quem atua visando que seu ato contrarie o direito ou quer contrariar o direito e atua para isso. Além do 'dolus directus', caracterizado pela prática da ação ou omissão consciente e buscando voluntariamente um resultado, há o 'dolus eventualis' que se verifica quando o agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível de produzir outra contrariedade a direito, além daquela que ele deseja, porém prefere que aquela se produza a ter que renunciar ao seu desejo. Transportando esta noção para o direito administrativo, age com dolo o agente que voluntariamente realiza determinada conduta proibida pela ordem jurídica."⁶¹

Em razão da inexistência de um conceito jurídico-administrativo do dolo, seu estudo pertence à teoria do direito, com o objetivo de se tentar delimitar a zona conceitual do dolo.

O modelo do dolo no direito administrativo ganhará contornos próprios, uma vez que não se resume a uma releitura da doutrina penalista do dolo e, também, não se vincula a ser mera qualidade do ilícito, como definido pela doutrina civilista.

O dolo em direito administrativo deve obediência ao princípio da tipicidade (não existe hipótese legal de sanção administrativa, sem prévia previsão de sua ilegalidade), mas não se vincula restritivamente ao tipo, como é voz corrente no direito penal. Basicamente, o princípio conceitual do dolo, em direito administrativo se baseará em uma contraposição ao "tipo" administrativo, se

⁶¹ TOURINHO, Rita. Discricionariedade Administrativa. Ed. Juruá, Curitiba, 2004, p. 173.

baseará no desrespeito à legalidade exigida para o ato e se baseará na necessária conclusão de que tal desrespeito baseou-se em uma vontade dirigida contra a boa-fé estatal (princípio reitor da finalidade administrativa).

O dolo, em direito administrativo, não se localiza no tipo, como defende a teoria finalista para o direito penal. Tal constatação decorre da falta de previsão de aplicação de sanção por “tentativa de ilícito administrativo”.

Tampouco, o dolo se compõe na mera ilegalidade do ato, visto que, nas hipóteses de infração administrativa juridicamente relevante, há que se fixar, além da mera transgressão aos vínculos da lei a necessária avaliação do dolo e da culpa. Assim, não basta a ilegalidade do ato, mas também a avaliação subjetiva do ato do agente para se formar juízo claro de reprovabilidade.

Por fim, resta necessário avaliar se o desapego à boa fé, a atitude imoral por si só, acarretará em dolo. Neste caso, será importante responder se a má-fé, isoladamente, é elemento caracterizador do dolo, e justificativa para a aplicação da sanção administrativa.

1.2. TIPICIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO. OS TIPOS ADMINISTRATIVOS COMO VETORES DA ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

Uma das maiores características do direito administrativo, por se tratar de matéria de direito público, é a simbiose de regras e princípios, ambas com valor e eficácia normativa equivalente.

Isso não representa dizer que os demais campos do direito não se valham de princípios. O que o diferencia é que, enquanto em outras áreas os princípios ou espelham as características de validade e eficácia das normas incidentes ou traduzem princípios de interpretação na aplicação das normas, no direito administrativo, os princípios dirigem-se diretamente à condução do ato em si.

Os princípios administrativos constitucionais escritos no art. 37, da Constituição Federal, são verdadeiras ordens para os agentes públicos que atuam em nome do Estado, como requisitos de existência, validade, eficácia e efetividade dos atos por eles cometidos.

Isso é facilmente explicável porque o Estado não possui liberdade de ação, na ordem constitucional, podendo atuar somente onde há previsão legal para isso⁶². Os atos dos agentes públicos são, portanto, limitados pela pré-existência de leis e é possível questionar, inclusive, a existência do ato que não tenha esse substrato.

Por tais razões, os princípios agem como “ingredientes” essenciais de qualquer ato administrativo e devem estar presentes em qualquer manifestação da Administração Pública. Os atos dos particulares, por se tratarem de exercício de liberdade, são mais amplos, mais informais e não precisam contentar a qualquer princípio desde que não arranhem os limites da lei. Por isso, enquanto para o Direito Administrativo, os princípios são ‘diretivas’ do ato, nos outros ramos de direito (especialmente os ramos comparados neste estudo, o direito civil e o

⁶² Aplica-se aqui a velha máxima onde “o cidadão pode fazer o que quiser salvo o que a lei coibir e o Estado nada pode fazer, salvo o que a lei lhe autorizar ou permitir”.

direito penal), os princípios incidirão somente quando houver clara transgressão à lei por ato do indivíduo.

É no direito administrativo que se traduz, com exatidão, a idéia da eficácia normativa dos princípios, visto que, em qualquer ato administrativo é possível avaliar a sua legalidade, a sua publicidade, a sua impessoalidade, a sua eficiência, a sua moralidade, a sua proporcionalidade, etc. Também é, por isso, que o direito administrativo adota para si, com equiparação, os métodos de interpretação constitucional, aceitando a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, da interpretação conforme, da presunção da constitucionalidade e da legalidade, entre outros.

Vinculado por estas características, é evidente que a aplicação de sanções de direito administrativo, somente pode ocorrer, quando houver prévia norma de proibição, voltada para a necessidade de regulação social ou como proteção ao conteúdo patrimonial e moral da sociedade. Daqui, provém que não pode o Estado aplicar normas de proibição e sanção, que não estejam previamente estabelecidas na ordem jurídica.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello defende claramente a aplicação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo, no que é seguido, sem embargos, por outros estudiosos do fenômeno da sanção administrativa:

“ O pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar ou a que devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão na figura infracional; ou seja: cumpre que tenham ciência perfeita de como evitar o risco da sanção e, ao menos por força disto (se por outra razão não for), abster-se de incidir nos comportamentos profligados pelo Direito. A ser de outro modo, além de as

sanções estabelecidas para a incursão neles não terem como cumprir a função que lhes é própria, os sujeitos viveriam em álea permanente, por ignorarem como deveriam proceder para estarem ajustados ao Direito, pois tanto poderiam incorrer como não incorrer nelas ao sabor do acaso, isto é, independentemente de suas próprias vontades de escolherem o comportamento conforme ou não ao Direito – o que, a final, seria a própria negação da ordem jurídica.⁶³

A tipicidade dos ilícitos administrativos é condicionante da aplicabilidade da sanção. Não quer isso dizer que a mera transgressão da tipicidade determina a aplicação da sanção: diferentemente do direito penal, onde o cometimento do ilícito sugere imediata sanção, o direito administrativo deverá reclamar uma segunda etapa de interpretação. É que os “tipos” administrativos não contêm em si o dolo como a teoria finalista da ação, no Direito Penal defende. Sua existência é vetor da ocorrência de ilegalidade, ou seja, de transgressão à lei. O exame da aplicabilidade da sanção deverá percorrer, além da avaliação da ilegalidade (requisito objetivo), a avaliação subjetiva, ou seja, o atuar do agente público, de modo a apurar o elemento volitivo que impulsionou o ato.

Além disso, o direito administrativo tende a separar, por conta de sua necessária vinculação à lei, os ilícitos administrativos entre: (1) aqueles que, embora ilegais, não reclamam sanção⁶⁴; (2) aqueles que, tipificados como ilícitos, implicam em sanção, através da mera conduta de transgressão e não depende do

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit, p. 749.

⁶⁴ O exercício de um determinado poder de polícia como, por exemplo, a restrição de uma passagem em determinada travessia às pessoas, não contém sanção administrativa típica, mas tão somente, remete à regra de desobediência geral de uma autoridade, caso ela venha a ser desobedecida.

exame pormenorizado do dolo e da culpa⁶⁵; (3) aqueles que, tipificados como ilícitos, para suportar a sanção, exigem o exame do dolo ou da culpa⁶⁶.

Esta classificação, de infrações, repita-se, é uma opção legislativa, baseada em critérios valorativos, onde se opta por definir quais os casos em que a imposição da sanção é ou não essencial. .

Os tipos administrativos, portanto, indicam uma independência entre a noção de tipicidade e a noção de dolo: seriam etapas de avaliação separadas dentro da responsabilidade do infrator, o que aproxima a idéia de que o dolo, em direito administrativo, está mais para um aspecto da culpabilidade do que, propriamente, da tipicidade.

A tipicidade é norteadora da ilegalidade, apresentando dois requisitos iniciais para a imposição de sanção: a necessária previsão sancionatória prévia (*nullum poena sine lege*) e a indicação da ilegalidade da conduta.

⁶⁵ Incidem neste grupo uma série de infrações administrativas onde há uma objetividade da conduta que determina imediatamente a aplicação da sanção, como, por exemplo, as normas de trânsito em geral, como atravessar um sinal vermelho, onde a aplicação da sanção não exige exame profundo de dolo ou de culpa e sequer reclama, para aplicação da infração, da avaliação se o fato se deu porque o agente quis 'furar' o sinal (dolo) ou simplesmente estava distraído (culpa). A avaliação da conduta subjetiva somente se dará, caso haja alegação do infrator a quem incumbirá a prova de que teria agido com erro (por exemplo, se o sinal estava apagado, ou funcionando mal). O momento da avaliação da responsabilidade subjetiva, neste caso, não será requisito para a aplicação da sanção, mas poderá ser alegada e avaliado em caso de alegação por parte do infrator.

⁶⁶ Este grupo sintetiza os atos de improbidade administrativa que tem previsão legal da atuação subjetiva dolosa ou culposa, bem como do direito administrativo disciplinar, entre outras, onde se exige a atuação voluntária do agente para a ocorrência do ilícito.

1.3 LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO. A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO DEVER JURÍDICO DO ADMINISTRADO.

No direito administrativo, porque a avaliação do dolo está vinculada à ocorrência do resultado e, também, porque a responsabilidade subjetiva incide nos casos em que se faz necessária a aplicação de sanção ao administrado, está claro que o dolo não integra o tipo: sua apreciação se dar em momento posterior, ante a visível ocorrência da ilegalidade e, nos casos em que sua avaliação seja imprescindível.

Enquanto o direito penal visa a proteção de bens jurídicos, não é esse, também, o objetivo principal do direito administrativo; sua missão circunda na administração dos interesses e obrigações estatais e na garantia do funcionamento de sua máquina burocrática; assim, o aspecto sancionador erigido no direito administrativo servirá como elemento de repressão à desobediência, visando garantir a continuidade dos serviços e garantia dos interesses incumbidos à Administração Pública.

Neste diapasão, a necessidade ou não de sancionar uma determinada conduta decorre desse interesse do Estado, na execução de suas tarefas constitucionais. Muitas vezes, não é o bem jurídico que está propriamente sendo protegido, mas o interesse de manter a ordem e a conduta do administrado em conformidade com a lei. Veja-se que as normas de trânsito que imputam infrações administrativas, ao mesmo tempo em que visam preservar a incolumidade pública visam assegurar o controle do Estado no dever de garantir, com eficiência, o funcionamento do trânsito.

A noção de ilegalidade e a noção de intenção de desobedecer a lei embora sejam faces da mesma moeda não se confundem: exige abordagem interpretativa distinta. Por isso, o tipo administrativo, que, muitas vezes, se apresenta aberto, propenso a ser avaliado mediante ponderação valorativa de princípios, não comporta intrinsecamente a noção da intenção de agir. O que ocorre é que, em muitos casos de infração administrativa, a investigação sobre a intenção do agente não é requisito necessário à aplicação da sanção, porque presume a responsabilidade subjetiva, sem distinguir, sequer, o dolo da culpa.

Por isso, porque a compreensão do elemento volitivo não é intrínseco à caracterização da infração administrativa, fica evidente que um não pode se confundir com o outro. Se o legislador imputar determinada sanção e quiser caracterizar a responsabilidade do agente, deve prever expressamente a necessidade da caracterização do dolo ou da culpa.

Voltando-se para o elemento "legalidade" do ato administrativo, é necessário que o ato se apresente *contra legem*, isto é, que haja a ocorrência da ilegalidade. Alguns atos, de acordo com sua finalidade legal, além da ilegalidade, exigem a produção eficiente de conseqüências jurídicas, isto é, a produção dos resultados lesivos. Um agente que produza um ato juridicamente reprovável com o intuito de se apropriar de verba pública, somente terá cometido a infração prevista no art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa⁶⁷ se, evidentemente, houver evidências deste enriquecimento ilícito, isto é, não haverá sanção para o ato em si, se ele não causar o prejuízo desejado.

⁶⁷ 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. 1.º desta Lei.

No direito administrativo brasileiro, a discussão acerca da legalidade do ato administrativo centraliza-se e desenvolve-se basicamente, para o agente público, na teoria do desvio de poder e, para o particular em geral, na exigência e cumprimento de deveres impostos pela lei.

A teoria do desvio de poder situa-se, genericamente, onde a manifestação estatal, através de seus agentes destoa dos parâmetros legais definidos, por excesso de competência ou por vício de legalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que *fora da lei, não há espaço para atuação regular da Administração*⁶⁸. Esta atuação regular da Administração, todavia, deve visar uma finalidade própria baseada na regra jurídica preexistente.

Da composição entre previsão legal e finalidade é que o renomado autor situa o desvio de poder como *a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição* e conclui que *o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade*.

O desvio de poder não determina a incidência imediata da má-fé. Isto porque o agente pode, manejando uma competência que possua, buscar atender uma finalidade pública por meios impróprios. Neste caso, embora o fim seja voltado ao interesse público, haverá desvio de poder pelos meios inadequados utilizados. Há que sublinhar que o desvio de poder não se aplica, exclusivamente, à avaliação dos vícios materiais, mas inclui também os vícios

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional*.

formais existentes. Ou seja, a *teoria do desvio de poder* teve o mérito de focalizar a noção de interesse público como centro da legalidade do ato administrativo.⁶⁹

Para se encontrar a má-fé incidente no desvio de poder a avaliação deverá ir adiante, ou seja, perquirir a condição subjetiva proposta pelo agente para a realização da atividade administrativa. Neste sentido, uma das formas de deixar isto evidente é a inexistência, ou alheamento da atividade a qualquer finalidade pública, conforme será abordado no tópico a seguir.

Interessa, entretanto, ressaltar o caráter objetivo do desvio de poder como ato contrário à legalidade, seja por ilegalidade formal (erro de forma) ou por desprezo às finalidades públicas (erro substancial). Por ser objetivo e vinculado ao exame da legalidade, o ato ou atividade administrativa utilizado com desvio de poder, prende-se à avaliação da anulação dos efeitos jurídicos conseqüentes. Não há, repita-se, preocupação em imputar ao agente, propriamente, a responsabilidade, mas sim de tornar inválida a operação de efeitos jurídicos pelo ato produzido com desvio de poder.

Deste quadro, conclui-se que a ilegalidade do ato ou atividade administrativa é o vício externo do ato, existente por si mesmo, independentemente da vontade do agente que o realizou. Não se perquire, neste momento, a respeito da responsabilidade do autor do ato, mas na avaliação abstrata e confrontante da regularidade do ato com a realidade jurídica. Este é mais um elemento que demonstra que não há inter-relação implícita entre a ilegalidade (realidade objetiva) e a responsabilidade subjetiva, corporificado no dolo ou na culpa.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 67

1.4. BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A boa-fé, no direito administrativo, provém do princípio da moralidade. Não cabe aqui pormenorizar a eterna discussão a respeito da força eficaz deste princípio, discutida com esforço pela doutrina, todavia, não se pode negar que ainda que não se limite em um conceito, a aplicabilidade deste princípio é inegável, posto que é capaz de inquirir de vício e anulação um ato jurídico.

A boa-fé representa, em verdade, um elemento de caráter aberto que tem uma força normativa mínima que é a de impedir o vicejamento do ato negativo contrário à moral comum e ao direito compreendido sistematicamente. Ainda que se discuta a força eficaz positiva do princípio da moralidade, há um resíduo existencial presente em tal princípio que é a força eficaz negativa, que visa a impedir a realização jurídica do ato mal-intencionado ou desprovido de finalidade pública.

Marcelo Figueiredo, em sua obra "O Controle da Moralidade na Constituição" também tem conclusão semelhante no que tange à norma legal (que pode perfeitamente, ser aplicado, analogicamente, ao ato ou atividade administrativa):

" Entendemos que o legislador tem o dever de observar e auscultar as regras morais vigentes na sociedade em dado tempo e lugar e observá-las, não editando regras que contrariem o sentido de aludidos padrões de comportamento."⁷⁰ (grifos nossos)

⁷⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. O princípio da moralidade na Constituição. Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 124.

A grande incidência do princípio da moralidade é indicar por que caminho deve seguir a vontade de agente público: não se admitem atos contrários à lei, mas também não se admitem atos contrários à razoabilidade, ao bom senso, ao interesse público, à finalidade pública. E, se o princípio da moralidade serve como um limitador do desvio de atitude do agente público, há que se notar que sua compreensão depende da avaliação do ato do agente e de seu aspecto subjetivo: a vontade do agente.

Por isso, a violação à moralidade e à boa-fé representa indicativo claro da presença do elemento subjetivo de desvio: dolo ou culpa. Violação à legalidade pode ensejar a anulação do ato, mas pode absolver o agente caso se comprove erro sobre as circunstâncias do fato. Violação à moralidade, porque é um princípio que exige a expressão volitiva do agente em prol da finalidade pública é elemento eficaz para imputar o desvio de conduta, notabilizado pelo dolo ou pela culpa.

Já se disse antes que há tipos administrativos que, simplesmente, ignoram a necessidade de perscrutar o elemento subjetivo. Mas, para aqueles que expressamente impõem tal exigência, a avaliação da moralidade do ato é instrumento indicativo eficaz para a responsabilização subjetiva.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro caracteriza, claramente, a indicação do princípio da moralidade, como um princípio de característica jurídica e ética.

**O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância*

*de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais." (Parte da ementa do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2661, rel. Celso de Mello, j. 05/06/2002)*⁷¹

Poderia haver alguma objeção quanto à identificação da responsabilidade subjetiva no princípio da moralidade, sob a alegação de que a moralidade se induz a partir da verificação de sua ofensa, não pelo ato administrativo em si, mas pelos efeitos práticos que o ato produziu. Mas tal argumento não prospera porque a investigação do aspecto subjetivo do ato parte dos resultados por ele produzidos a fim de determinar quais foram os aspectos determinantes de sua ocorrência. Neste aspecto, não haveria, portanto, qualquer obstáculo de mover a avaliação da moralidade do resultado para o ato e, deste, para o seu aspecto volitivo.

Em verdade, por ser princípio constitucional, é exigível que o agente público, ao realizar o ato administrativo, realize a operação intelectual que avalia a consonância do ato, não só com a legalidade, mas também com a moralidade, o interesse público, a finalidade pública, etc. Além disso, todo ato está vinculado à intenção de produção de ato voltado ao interesse público, e esta

⁷¹ <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/>

projeção da realidade ético-jurídica onde o ato produzirá efeitos, também acaba sendo requisito essencial de validade para o ato.

Esta projeção é extraída da própria *mens legis*, visto que todo o dever-poder consentido ao agente público baseia-se neste trinômio "legalidade-interesse público-finalidade pública". Se, portanto, o agente público ignorar, por motivos desviados ou por descuido, a ambientação do seu ato, terá havido necessariamente um desvio do ato legal originado em sua manifestação de vontade.

A violação moral na atividade administrativa situa-se como início de prova característica da responsabilidade subjetiva, mas não é o único fator de tal imputação: sua avaliação reclamará imediata avaliação dos valores incidentes na realidade concreta existente, levando em conta todos os indícios que influenciaram a geração do ato, bem como a projeção de repercussão deste ato, e quais as efetivas conseqüências deste ato. Estes 'ingredientes' serão pontos eficazes de indicação desta responsabilidade objetiva, notadamente, o dolo.

1.5. A PROVA DO DOLO. ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A AVALIAÇÃO PROBATÓRIA E DETERMINAÇÃO DO DOLO.

A distinção do momento de avaliação da ilegalidade e da avaliação da responsabilidade subjetiva, demonstra uma separação evidente destes dois momentos. Enquanto a ilegalidade representa a face objetiva da atividade administrativa desviada e o interesse de afastá-la decorre de uma necessidade de não se afetar, ilegalmente, direitos, o dolo e a culpa são

elementos circunscritos à necessidade do Estado-administração aplicar sanções a seus administrados, sejam agentes públicos, sejam particulares. Dolo e culpa, portanto, são a face subjetiva da responsabilização pelo desvio da atividade administrativa.

A perquirição do dolo e da culpa, em direito administrativo, como já abordado, somente ocorrerá quando houver determinação legal, como requisito para aplicação da sanção.

Embora seguindo orientações do direito civil e do direito penal, a aplicação dos conceitos de dolo e culpa, no direito administrativo, tem características próprias. São estas características que devem ser identificadas para a perfeita compreensão destes elementos, aprimorando seu entendimento.

O dolo no direito administrativo subsume-se a uma tipologia, assim como o direito penal, todavia de caráter aberto e principiológico, obrigando a realização de processos de interpretação autônomos, em função da realidade concreta. Para gerar efeitos jurídicos, porém, o dolo, além de ser realizado como manifestação de vontade está ligado ao resultado produzido, porque o que interessa ao direito administrativo é a lesividade causada e a proporção desta lesividade em si (lesão ao patrimônio, lesão aos interesses e valores protegidos pela Administração). Por tal pensamento, é inadmissível a tentativa como elemento eficiente da responsabilização subjetiva.

Em relação ao direito civil (ainda que não este não esteja adstrito a uma tipologia), nota-se que o dolo e culpa em direito administrativo, apresentam pontos de convergência, notadamente, porque o interesse protegido será avaliado pelo resultado produzido e, em muitas vezes, pouco interessa distinguir se o ato

foi doloso e culposo, desde que tenha produzido resultado lesivo. A proteção jurídica identifica-se, nestes casos, com a dimensão do dano da atividade administrativa e não propriamente no agir do agente público.

Ainda que se ocupe de elementos identificados com o direito penal ou do direito civil, está claro que o exame do dolo no direito administrativo observa características peculiares. E, neste ponto, há identificação própria do exame do dolo em direito administrativo.

Resgatando as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, e seu rico material a respeito da teoria do desvio do poder alertava ele para a dificuldade da identificação probatória deste desvio, lição está que pode importada para enaltecer a dificuldade de apontamento do dolo e da culpa:

“ É preciso identificar a má intenção e fazer-lhe a prova. (...) Jean Rivero expressa bem esta dificuldade dizendo: “A segunda dificuldade se situa no terreno da ‘prova’. A intenção é um elemento psicológico, difícil de ser determinada, salvo quando o autor se explica abertamente o que será tanto mais raro quanto mais inconfessável for ela”. (...) Quando uma autoridade administrativa comete um desvio de poder ela está freqüentemente de má-fé; sabe muito bem que traiu a intenção do legislador; assim, não tem a ingenuidade de indicar as razões inconfessáveis que inspiraram o seu ato; dissimula seus verdadeiros móveis que o juiz deve procurar, em vista de todas as circunstância em que o ato foi praticado.”⁷²

A técnica de comprovação do dolo deve ser realizada com os mesmos mecanismos com que se aborda a observação da ilegalidade do ato ou atividade administrativa, como asseverado pelo grande mestre administrativista: levam-se em conta diversos elementos para a caracterização da responsabilidade

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 77/78.

subjetiva⁷³. Deverá ser uma abordagem de constatação, baseada na regra de proibição tipificada normativamente somada a uma avaliação interpretativa da realidade concreta (avaliação dos fundamentos, meios e fins que justificaram o ato).

O resultado da avaliação probatória, portanto, aceita os elementos normativos e os elementos interpretativos e deve operar no sentido de afirmar se houve ou não desvio de intenção do agente. Juarez Freitas aponta para esta soma de fatores afirmando que *"sem uma visão sistemática e substancialista do Direito, faz-se impossível dar conta das características funcionais do sistema"*.⁷⁴

A prova do dolo não pode depender da evidência escancarada da vontade, visto que, como afirmou Caio Tácito, *"a ilegalidade mais grave é a que se oculta sob a aparência de legitimidade. A violação maliciosa encobre os abusos de direito com a capa da virtual pureza."* Assim é, que quem age por má-fé certamente tomará o cuidado de evitar que permaneçam evidências graves de sua conduta soez. A avaliação da intenção viciada deve levar em conta a realidade concreta e a consequência imediata do ato abusivo, elementos implícitos à vontade do agente.

Quem tem vontade de agir por má-fé arquiteta sua realização, ou seja, faz uma transposição intelectual do plano das idéias para o plano real, buscando identificar todas as consequências e tomando todos os cuidados para

⁷³ Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, em sua obra "A prova no processo administrativo" identifica o processo de inteligência das provas no processo administrativo afirmando que *a verdade probatória sempre que formal, em face do pressuposto da certeza, confunde-se com a verdade probatória material, ambas movendo-se num mesmo plano de formação de convencimento.* (Ed. UFPR, p. 43)

⁷⁴ FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa, *in* Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 136.

que não se extraia o seu fim ilícito. Por isso, como o exercício de identificação do dolo parte do resultado ou da projeção do resultado para a avaliação do aspecto volitivo, há que se enxergar qual a intenção planeada pelo agente no momento da execução do ato.

Esta contextualização da prova do dolo ou da culpa é, inegavelmente, difícil. Por isso a autoridade encarregada de avaliá-la, seja a autoridade administrativa ou judiciária, deverá lançar mão de mecanismos de técnica jurídica e certas elementares lógicas para alcançar a convicção.

Estas técnicas jurídicas de identificação das reais intenções do agente devem provir, evidentemente, de observação sistemática dos princípios incidentes à atividade administrativa e, repita-se, à vinculação objetiva da legalidade, do interesse público e da finalidade pública⁷⁵. A inexistência de

⁷⁵ Ainda JUAREZ FREITAS, em notável crítica faz defesa da interpretação concretista da lei da improbidade administrativa, a despeito das severas ambigüidades que se encontram naquela lei: “ (...) *Conjugado a este fenómeno encontra-se o da freqüente e inflacionada aprovação de textos feitos mais para constar, ou seja, a introdução de normas nascidas sob a égide de um congênito ceticismo de seus próprios elaboradores. (...) Repousam neste contexto os fatores que geram dispositivos francamente contraditórios, quando lidos a partir de um enfoque desapassionado, pois no processo mesmo de produção normativa, como condição até de sua exitosa tramitação, várias antinomias e dubiedades acabam sendo inseridas para viabilizar que grupos rigorosamente rivais votem em uníssono. (...) Dito de outra forma, o legislador permite, pelo excesso de ambigüidades, nem sempre a contragosto, uma sensível abertura à razoabilidade do intérprete para dar cobro às antinomias, às incongruências ou para desfazer nebulosas terminológicas e nominais, bem como para afirmar os conteúdos orientados a granjear a adesão do maior número de interessados no êxito do princípio e da norma que surge para lhe conferir a inadiável concretude. (...) Em razão disso, as características de generalidade e de imantação normativa pelo interesse público restam, em boa medida, obnubiladas quando se configura uma dose excessiva de indeterminação pro meio de forças políticas contraditórias, vocacionadas, por definição para hegemonias tópicas e conjunturais. Nestes moldes, a lei n.º 8.429/92 veio a lume sob o signo da dubiedade quanto a seus fins maiores, o que representa uma distorção. Portanto, na dúvida, deve-se decidir a favor da concretização sensata do princípio da probidade. (...) Realizando um controle sistematizante, naturalmente respeitados os limites impostos pelo próprio sistema, sem nunca decidir ‘contra legem’, senão que a favor do direito. (...) Para além das visões unilaterais, por conseguinte, o saneamento hermenêutico, desde que observadas as fronteiras do sistema, representa, na perspectiva agasalhada, o préstimo mais nobre e irremunciável da exegese, ainda que não se possa traduzi-lo como garantia plena de um direito unitário e coerente. Em suma, faz-se necessário interpretar a lei de improbidade à base da inteligência conducente, com realismo, à efetivação do princípio em pauta, obrando por sua máxima afirmação.*” (FREITAS, Juarez, *op. cit.* p. 141, nota de rodapé n.º 97)

qualquer destes elementos é indiciária do desvio da vontade do agente e, também, da má-fé que a impulsionou.

Além disso, servem de indicadores algumas observações extrínsecas que sempre são convenientes à avaliação fática.

Os tipos administrativos que contenham *correlação lógica com tipos penais*⁷⁶ aproveitam, na sua interpretação, a teorização do dolo, inclusive com a repercussão da sentença penal como indicador da responsabilidade subjetiva. Assim, a técnica penal servirá de elemento orientador, nestes casos, para a imputação do dolo na infração administrativa.

A evidente verificação da *irrazoabilidade da medida* também demonstra cabalmente a intenção desviada, visto que se for impossível ao exercício lógico-abstrato deduzir alguma finalidade pública na medida administrativa, estará evidente o elemento subjetivo *contra legem*. Concorrem, da mesma forma, como evidências do dolo do agente, a *incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas* firmadas na justificativa e na conclusão dos atos, evidências claras de *indisposições de caráter pessoal ou de ordem política* para a realização ou omissão do ato e a *desproporcionalidade do conteúdo do ato* e os fatos que os embasou.

A atividade completamente discrepante à conduta habitual da Administração em casos similares, serve, também, como instrumento indiciário para a responsabilização do agente.

⁷⁶ JEAN RIVERO afirma que “o ilícito penal cometido no exercício das funções constitui, em geral, em culpa pessoal”. (RIVERO, Jean. Direito Administrativo, trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981)

Por fim, em razão das conseqüências materiais do ato, pode-se infirmar a existência do elemento volitivo desviado, como a prova material de que o agente obteve vantagem de índole pessoal ou patrimonial ao realizar tal ato. Neste caso, embora haja necessidade de se comprovar o vínculo causal entre o ato e a obtenção da vantagem é elemento que pode indicar claramente a existência do dolo. Aliás, esta hipótese (obtenção de vantagem pessoal ou patrimonial para o agente) é tratada apenas na forma dolosa pela lei da improbidade administrativa (art. 9º da Lei n.º 8.429/92), visto que considera impossível que alguém vá obter, culposamente, vantagem pessoal a partir de um ato ilícito.

Outro elemento que pode ensejar a comprovação do dolo é a inexistência de causa justificável para a realização do ato ilícito (ausência de excludentes de responsabilidade subjetiva, situadas nas hipóteses de erro, que estão discutidas em tópico a seguir)

A avaliação, portanto, do conjunto probatório demonstrativo do dolo leva em conta a análise conjuntural das circunstâncias mediatas e imediatas relacionados ao ato ou atividade administrativa. Vale como técnica de interpretação e valoração que deve ser adequada construtivamente pelo aplicador do direito e esta técnica deve ser adequada construtivamente pelo aplicador do direito e esta técnica deve estar exhaustivamente motivada na decisão aplicadora da sanção (seja por julgamento administrativo ou sentença judicial).

2. CULPA NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Em direito administrativo, o papel mais relevante da culpa é ser ele o indicativo da responsabilidade subjetiva do agente em relação do Estado, não somente para fins de reparação de dano, mas também para responsabilização pessoal, como é a previsão no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (hipóteses em que há prejuízo ao erário público).

O conceito de culpa, em direito administrativo, está imediatamente ligado à noção de prejuízo ao Estado, prejuízo ao patrimônio público, ao erário, ao interesse geral. Por isso, ante a ausência de prejuízo material e danoso ao Estado, a perquirição sobre a culpa do agente será desnecessária, salvo casos em que a própria conduta do agente seja prevista disciplinarmente ou por outro regramento.

Como se assentou em relação ao dolo, a culpa, para fins de responsabilização, deve ser expressamente prevista pela norma. É verdade que a regra do art. 37, §6º da Constituição Federal, quando reforça a possibilidade de direito de regresso do Estado, em relação ao responsável, em caso de dolo ou culpa, tem grande amplitude, restando necessária que, em cada caso em que haja responsabilidade objetiva do Estado, deva se fazer uma avaliação sobre a responsabilidade subjetiva.

O exame da culpa, entretanto, somente será exigível na verificação da infração, quando ele for relevante para o caso e esteja prevista como requisito para a aplicação da sanção.

Além disso, casos há em que a responsabilidade subjetiva reclamada não faça distinção entre dolo ou culpa, para fins de culpabilidade, situação que impõe uma equiparação formal entre os dois institutos, bastando a prova de qualquer um deles para a aplicação da norma sancionadora. Nestas hipóteses, a diferenciação entre dolo e culpa somente servirá como fator de ponderação para agravamento ou não da sanção.

Define-se a culpa, em direito administrativo, como a ausência do dever de cuidado, mediante o cometimento do ato com negligência, imperícia ou imprudência ou deixar de prever os resultados que adviriam de sua conduta.

A questão que se coloca, na problemática da culpa, é onde ela incide, tendo em vista que todo ato ou atividade administrativa depende de imposição legal e impõe-se ao agente público que necessariamente conheça a lei para agir (sem conhecer os limites de sua atuação e a forma, subentende-se que o agente não pode agir). Haveria a possibilidade de se admitir o descumprimento de um dever de cuidado em razão da avaliação da lei?

A atividade administrativa é composta de alguns requisitos, conforme exposto acima, baseado especialmente na legalidade, interesse público e finalidade pública. Assim, de forma alguma pode se imputar conduta culposa do agente no próprio ato administrativo, visto que o agente não pode alegar que interpretou "culposamente" a lei. Tampouco o agente pode afirmar que previu "culposamente" uma finalidade para o ato porque há um vínculo incindível entre o próprio agir, a legalidade e a finalidade. Imaginar o descomprometimento com a lei

ou com a finalidade, representa desvio de intenção, próprio do ato doloso, e não do ato culposo.⁷⁷

A culpa do agente, portanto, poderá ocorrer tão-somente na exteriorização do ato administrativo, isto é, no momento em que o ato influencia fatos da realidade, isto é, no *iter* entre o início do ato ou da atividade e sua conclusão. Nestas hipóteses, embora movido por ato legal e com finalidade pública, em algum momento, a agente dá causa ao evento danoso, por não cumprimento de um dever de cuidado, e que foi determinante para a ocorrência de um prejuízo ao erário público.

O momento da culpa é, pois, o momento de externalização do ato ou atividade administrativa no mundo real, posto que seria impensável que a culpa estivesse na representação ou na vontade do agente, por que, *a priori*, a atividade se volta para a consecução de uma tarefa estatal, com prévia delimitação legal.⁷⁸

A interpretação da culpa na ação administrativa é restrita e não pode se aplicar genericamente, visto que seus limites são fechados à forma da realização do ato. Como toda atividade administrativa é submetida ao crivo da legalidade, o ato originalmente desviado ou desprovido de finalidade pública,

⁷⁷ Entendemos, como afirmaremos a seguir, que não pode haver culpa na interpretação da lei. Se o agente fizer uma avaliação incorreta dos dados da realidade para proferir determinado ato administrativo, estaremos diante de uma hipótese de erro de fato e não erro de direito (ou de proibição), não havendo espaço para que se admita negligência, imprudência ou imperícia na interpretação da lei (em razão de que o desconhecimento da lei é inescusável).

⁷⁸ Discordamos, neste ponto, que a ausência de previsão do caráter ilícito da conduta do agente seja uma “ação culposa”. Isto porque o agente público age conforme a lei, ou seja, antes da projeção do ato em si, há a necessidade de que esta projeção esteja subsumida à lei. Assim caso ele alegue a ausência de previsão do caráter ilícito da conduta, não haveria aqui a voluntariedade de cometer o ilícito, situação que exclui o dolo, não tendo qualquer indicação de caracterização da culpa, visto que não se pode imaginar que alguém interprete ‘culposamente’ a lei. A interpretação errônea da lei é, como afirmado, causa da exclusão da vontade de cometer o ilícito, excluindo o dolo.

somente pode ser avaliado, em razão do dolo (prévia vontade de cometer o ilícito) e nunca da culpa.⁷⁹

Um dos textos normativos que importa em grande discussão acerca da incidência da culpa é o art. 10 da Lei de improbidade administrativa que descreve que *constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1.º desta Lei.* (grifo nosso)

Ocorre que o rol de incisos do art. 10, algumas vezes, descreve condutas que não podem ser interpretadas sob a forma culposa, como, por exemplo, aquela descrita no inciso IX (*ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento*). Ora, como defendido neste trabalho, tudo o que não é autorizado em lei se for pago, fora da lei, somente pode ocorrer por dolo ou por erro, mas nunca por culpa, pois é inadmissível que o elemento culposo incida sobre a atividade de interpretação e consunção do ato à lei. Hipóteses deste gênero não podem incidir sob a forma culposa. Há, todavia, hipótese de prejuízo ao erário que ocorre quando o agente, na execução do ato, age culposamente, permitindo o enriquecimento ilícito de terceiro. Esta conduta é tão previsível que o próprio Código Penal tipifica o crime de 'peculato culposo'

⁷⁹ Ainda que se admita a utilização restrita do conceito de culpa, tendo em vista que não se pode admitir avaliação culposa da lei (a avaliação errônea da lei exclui o elemento volitivo que integra o conceito de dolo), isto não quer dizer que seja impossível a admissão da culpa em certos casos. Ela incide justamente na ausência dos deveres de cuidado quando houver a externalização para a realidade do ato administrativo formal. Assim, não pode chegar ao extremo como afirmou Aristides Junqueira que considerou que "a expressão *culposa*, inserta no caput do art. 10 da lei em foco, é inconstitucional". Parece-nos que, neste caso, o ex-Procurador Geral da República levou em consideração a incidência da culpa na própria idealização do ato e não na sua execução para inferir a conclusão, a nosso ver, equivocada.

admitindo que o funcionário público, por ato culposo, permita o aproveitamento de terceiro.

A aplicabilidade da noção de culpa para responsabilizar o infrator administrativo deve ser utilizada parcimoniosamente, visto que é inadmissível falar-se em culpa na interpretação do lei. Também é inadmissível falar-se em culpa na finalidade do ato, visto que, caso isso ocorresse estaria havendo um erro de previsão legal, e isto excluiria o elemento da vontade do agente, excluindo o caráter intencional do ato, ou seja, o dolo. Por isso, restringe-se a verificação da culpa, no exame da transposição do ato do plano ideal para a realização no concreto, o que pode ocorrer mediante negligência, imprudência e imperícia e, se for o caso, indicar a responsabilização.

Outra questão seria quando ocorresse, por ação do infrator, um 'excesso' na realização do ato, isto é, quando o agente vinculado à sua competência, agisse além dela para buscar um intento que ultrapassa os limites de sua atuação. Não há dúvida que este "excesso" caracteriza-se como atividade ilegal, por se tratar de desvio de poder.

Por estar vinculada aos limites de uma competência, a única justificativa do agente seria um erro de interpretação acerca de seu ato. Erro de interpretação é qualidade que macula a elemento da vontade do agente e, portanto, assim como os atos cometidos com erros de interpretação da lei, os atos cometidos com excesso devem ser vistos como atos dolosos. Caso se confirmasse que a intenção estava maculada por esta interpretação equivocada o erro sobre o elemento volitivo excluiria o dolo, nunca a culpa, porque está está vinculada à idéia de mera violação de um dever de cuidado.

3. O ERRO COMO HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DO DOLO. TIPOS DE ERRO. ÔNUS DA PROVA.

Sendo requisitos do reconhecimento do dolo a representação e a vontade, as hipóteses de exclusão deste somente ocorrerão em caso de falsa representação da realidade ou interferência externa sobre a manifestação da vontade. Afirmou-se que é inconcebível admitir-se que a falsa representação se dê por meio de negligência, imprudência ou imperícia, visto a necessidade de que todo ato do agente público seja vinculado ao substrato legal. Assim, a única forma de se reconhecer a exclusão de dolo, através da falsa representação, se dá através do conceito jurídico de erro.

A interferência externa sobre a manifestação da vontade ocorrerá através da **coação moral**, desde que ela seja determinante do ato e o temor seja justificado. Sua incidência deverá ser avaliada de modo ponderado em razão das circunstâncias do autor do ato, bem como as condições que influenciaram a turbação de sua vontade. Somente nesta hipótese, poderá servir como causa excludente do dolo.

A avaliação do erro, no entanto, é mais profunda. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apontava a possibilidade da ocorrência do erro de fato ou erro de direito. Fábio Medina Osório prefere a utilização da nomenclatura do direito penal, ou seja, erro de tipo e erro de proibição. A par desta discussão, o que importa é dimensionar a incidência de cada um destas categorias.

Há condutas típicas passíveis de sanção administrativa que desprezam a necessidade de explícita avaliação do elemento subjetivo, para sua caracterização. Geralmente, estas se verificam mediante normas de conduta imanente a qualquer cidadão e sua mera transgressão autoriza a aplicação da sanção. Um sujeito passa um sinal vermelho. Pode ter passado o sinal porque queria passar ou simplesmente por estar distraído. Pode ainda ter passado, porque julgava que o sinal ainda estava amarelo ou porque a sua vista foi turbada com o reflexo do sol (situações de erro de representação): pouco importa, em todos os casos a sanção será estabelecida e, salvo se, concretamente houver prova em contrário (cujo ônus passa a ser do próprio infrator) será devidamente aplicada.

Nestas hipóteses, a única forma de excluir a responsabilidade subjetiva do agente será através da teoria do erro. Marcelo Caetano afirmou que o *erro aparece-nos como motivo do ato que só será relevante quando haja sido determinante da conduta adotada.*⁸⁰

Nas sanções administrativas dirigidas ao agente público, a avaliação do erro terá ainda maior relevância.

3.1. ERRO DE PROIBIÇÃO (OU ERRO DE DIREITO)

O erro de proibição (ou de direito) tem uma aplicabilidade bastante restrita no direito administrativo. É que se presume que o agente sempre age

⁸⁰ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

conforme a lei e, porque não pode alegar o desconhecimento dela, não há justa causa para alegar a ocorrência deste erro. Todavia, ainda que restrito, há campo para a sua aplicação, justamente quando, embora haja a necessidade de conhecimento da lei o agente faz *falsa apreciação do texto legal ou desconhece a existência da lei*, ou seja, há uma errada interpretação da lei que faz com que o agente aja de modo proibido através da falsa idéia da causa ocasional desta lei.

Exigir que todo agente público conheça todas as leis e faça destas todas as interpretações corretas é impensável, por um princípio de razoabilidade: não é dado conhecer, ao homem médio, a universalidade do conteúdo de todo ordenamento normativo.

Mas, o reconhecimento do erro de proibição (ou erro de direito) deve ser feito de forma ponderada, porque não pode servir de subterfúgio para qualquer circunstância. O agente, que usualmente, faz uso de determinado conjunto de normas e deve conhecê-las, justamente para realizar a sua missão, dificilmente poderá alegar desconhecimento destas normas como causa de exclusão do dolo. Situações extraordinárias, todavia, que exigem busca de ordenamento pouco utilizado ou de interpretação ambígua, devem ser avaliadas com maior acuidade.

O direito administrativo tem um interesse jurídico tutelado diverso do direito penal. Assim, para a avaliação das sanções administrativas o foco de centralização é diverso. Acorrem a esta avaliação, todo o arcabouço de regras e princípios de direito administrativo, que respondem pelo interesse público instituído. Por isso, razoabilidade e moralidade administrativas devem ser levadas em consideração para a avaliação da exclusão do dolo por erro de direito,

justamente por uma transposição entre a vontade do agente e a finalidade pública instalada. A atividade administrativa realizada com desconhecimento da existência da lei poderá permitir o reconhecimento do erro de proibição, desde que fique evidenciado que o fim a ser buscado por tal atividade era lícito, no plano do interesse e finalidade.

A admissibilidade da existência de erro de proibição, todavia, não deve seguir a teoria do direito penal, tendo em vista que o desconhecimento das circunstâncias legais somente poderá ocorrer quando ficar provada a sua inevitabilidade por parte do agente responsável. O erro de proibição evitável ou vencível não subsistirá, justamente, porque a atuação do agente público exige a incidência explícita ou implícita da lei e isso, por si só, faz afirmar que ou agente age de acordo com a lei ou age fora de sintonia com ela, não se admitindo um meio do caminho, porque a todo agente público é exigível que, para agir, deve alcançar, com esforço de inteligência, a consciência da licitude ou ilicitude de seu ato (princípio da legalidade).

3.2. ERRO DE TIPO (OU ERRO DE FATO)

Quanto ao erro de fato (ou erro sobre as circunstâncias do tipo) sua teorização é mais ampla, no direito administrativo. Isso ocorre em razão da tipologia aberta deste ramo do direito e que está propenso à incidência de várias interpretações possíveis, desde que vinculadas à lei. Toda a circunstância de avaliação do erro de fato deverá ocorrer caso a caso e sua ocorrência deverá ser alegada pela defesa do agente, para que comprove, cabalmente, que a inteligência

de determinado fato permitiria determinada atuação. Um agente público ao dispensar uma licitação que se demonstra indevida deve provar que as circunstâncias de fato, no momento da decisão de dispensa, autorizavam uma leitura conforme o texto legal que admitiriam a possibilidade desta dispensa.

De todo o modo, como a avaliação do erro é uma avaliação da turbção do elemento de representação e da vontade do agente no momento do ato, há que se investigar necessariamente, quais os elementos de avaliação que permitiram determinada representação, demonstrando-se que o erro de manifestação de vontade se deu necessariamente por este equívoco. Quando é impossível inferir-se da vontade externada uma justificativa viável de representação (voltada aos interesses da Administração Pública), será impossível reconhecer o erro de fato.

3.2.1 Erro na interpretação dos fatos que autorizam a aplicação da lei

Em direito administrativo, uma das formas mais comuns de desvio de poder se caracteriza pelo erro na interpretação dos fatos que autorizam a aplicação da lei. Como todo ato administrativo deve estar vinculado a uma prescrição legal, há que se ponderar sempre se os requisitos para a utilização ou aplicação de uma lei estão presentes.

Nestes casos, podem ocorrer situações em que o administrador ou agente público faça uma avaliação errônea da realidade fática de modo a entender aplicável a lei em circunstância que isto não seria possível. A dispensa indevida de licitação, a autorização indevida de um repasse público, a realização de uma

contratação por prazo determinado em circunstância não autorizada são exemplos desta realidade.

Nestes casos, verificada a ilegalidade da conduta, a exclusão da aplicação da responsabilidade subjetiva dependerá da prova do erro de fato, isto é, que, em condições razoáveis, era admissível ao agente fazer uma leitura fática equivocada.

O espaço para determinar a exclusão da responsabilidade subjetiva é extremamente pequeno, visto que a dogmática administrativista exige que o agente somente aja, quando estiver plenamente certo de atuar dentro de uma realidade fática e no limite de suas competências. Exige-se, portanto, cautela e não aqodamento, na aplicação da lei. Por isso, embora seja admissível, em situações devidamente comprovadas, a exclusão do dolo (por erro de representação), sua incidência se dará em casos restritos e mediante a comprovação de que o agente cumpriu todas as etapas de avaliação legal de forma correta e motivada.

3.2.2. Erro na suposição da finalidade pública

Como a atividade estatal é complexa, envolve uma série de finalidades públicas enfeixadas. Em alguns casos, é admissível que o agente público, ao realizar uma competência discricionária, anteveja uma finalidade que reputa pública mas que não é. Embora sejam poucas as situações compreendidas nesta hipótese, entende-se que, se o agente deixar evidente que

agiu voltado para uma finalidade supostamente pública, ainda que esta não o seja, não haveria responsabilidade subjetiva por ausência de dolo.

O processo de reconhecimento deste tipo de erro, requer pormenorizada atenção das circunstâncias envolvidas no caso, porque somente em casos altamente complexos e que haja zona de penumbra quanto à finalidade pública é que será aceitável discutir a pretendida tese, porque geralmente, as finalidades públicas se extraem do próprio conteúdo da lei, a qual, repita-se mais uma vez, não pode ser desconhecida pelo agente aplicador.

Exemplo tópico comum deste tipo de situação é a concessão de incentivos fiscais ou materiais para pessoas de direito privado que, no momento da concessão, tem ares de vantagem, mas que, na consecução dos fatos, se revela prejudicial ao erário público.

3.2.3. Aplicação de lei inconstitucional

Na aplicação de lei inconstitucional, não há a incidência do dolo, salvo quando já houver uma declaração, ainda que em caráter liminar ou de cognição parcial, de inconstitucionalidade.

É que, em razão da vigência dos princípios da presunção da constitucionalidade das leis e da segurança jurídica, o administrador não pode deixar de aplicar a lei por reconhecê-la espontaneamente inconstitucional. No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis pertence, exclusivamente, aos

órgãos do Poder Judiciário⁸¹, e portanto, até que haja manifestação em contrário sua aplicabilidade deve ser respeitada e a constitucionalidade presumida.

Em caso de reconhecimento posterior da inconstitucionalidade, caso ela tenha efeitos retroativos, evidente que não há que se cogitar de dolo, tendo em vista justamente a consideração dos princípios mencionados.

3.2.4. Erro sobre os meios que devam ser utilizados para atingir finalidade lícita

Há casos em que o agente público, visando uma finalidade, adota meios não autorizados na lei para o seu atingimento. O desvio de poder se aplica para o caso, visto que, o Estado e a Administração Pública devem respeito não só aos fins legais, mas às formalidades legais. Nestas hipóteses, será inadmissível que a legalidade do ato seja reconhecida. Todavia, para efeitos de responsabilização de dolo e de culpa, há que se perquirir se a utilização equivocada do meio não autorizado pela lei, foi escolhida por má-fé e, também, se tal escolha foi eficaz para a causação do resultado.

Remanesce, neste caso, a investigação sobre a dimensão ou relevância do meio escolhido ilicitamente: se ele foi determinante para a anulação do ato e para a causação de repercussão dos interesses patrimoniais ou sociais, haverá responsabilização. Mas, se ele, isoladamente, não deu causa à produção

⁸¹ O caso aqui tratado é de controle posterior à vigência da lei, visto que o processo legislativo prevê controle prévio de constitucionalidade pela Comissão de Constituição e Justiça das Casas Legislativas e o Presidente da República tem poder de veto, se considerar a lei inconstitucional.

deste efeitos, haverá plena justificativa para desconsiderar a aplicação do dolo ou da culpa.

3.2.5. Erro justificado e Erro injustificado

Assim como a avaliação de cada ato administrativo exige a demonstração de respeito a regras e princípios e se determina, em muitos casos, pela equiparação de valores conflitados a partir do ato, também para a avaliação do erro, devem estar presentes estas variantes.

Não há uma teorização específica, em direito administrativo, sobre erro justificado ou erro injustificado e sua interpretação deverá ser conforme o caso concreto, medindo-se a proporção de interesse público posto em jogo, a quantidade de prejuízo causado e também a avaliação das condições que o agente tinha no momento em que agiu desta ou daquela forma.

Este conjunto de valores interpretados é que demonstrará se o erro na tomada de decisão é justificado ou não. Deve prevalecer, no entanto, o entendimento de que, por ser expressão da vontade estatal, os atos ilícitos são injustificáveis e, portanto, aquele que alegar o erro deve deixar demonstrado, com inquestionável clareza que, naquela ambiência, sua atitude não tinha finalidade contrária à lei. Há que se interpretar restritivamente a hipótese de erro justificado, portanto, porque o espaço de atuação do agente público deve ser o espaço permitido pela lei e, somente, a será admitida a justificação se a lei prescrever hipótese plenamente viável de sua aplicação, ainda que com erro de representação e vontade.

3.3 ÔNUS DA PROVA DA ALEGAÇÃO DO ERRO

Assim como a prova do dolo compete ao autor da ação ou ao órgão acusador, a prova do erro compete a quem alega. A avaliação do erro de tipo ou erro de proibição somente deverá ser levada em conta quando alegada pela parte e devidamente comprovada por ela.

Neste terreno, alcançamos um dissensão ao entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 213.994-0/MG, onde afirma que *“a lei (de improbidade administrativa) alcança o administrador desonesto, não o inábil”*. Ocorre que toda inabilidade (especialmente nas causas que demonstram malbaratamento do patrimônio público) deve estar devidamente calcada no erro de fato ou erro de direito, cujas avaliações exigem demonstração razoável, sob o prisma da moralidade, eficiência e finalidade pública. A generalização do conceito de *inabilidade*, pretendida por aquele julgado, põe em risco, justamente a generalização de um conceito de erro justificável que é restringido pela lei. Asseveramos, então, que a inabilidade somente será causa de exclusão do dolo nos casos de erro de proibição invencível ou erro de fato plenamente justificável, desde que alegado e provado pela parte defensora.⁸²

O erro, sem dúvida, é a forma mais corrente de exclusão do dolo como elemento de demonstração da turbação da representação e conseqüente manifestação equivocada da vontade. Por se tratar, justamente de hipótese que se

⁸² É o mesmo entendimento de FÁBIO MEDINA OSÓRIO (Direito Administrativo Sancionador, fls. 338) que afirmou que *o quando o agente não consegue provar que se esforçou razoavelmente e, ainda assim, não vitou o resultado, pune-se a má gestão administrativa, fruto da intolerável incompetência ou negligência.*

contrapõe à prova do dolo, ele deve ser alegado e provado pela parte e sua avaliação será determinada em razão dos fins das normas sancionatórias, não se aplicando simetricamente a mesma teorização feita para o direito penal.

CONCLUSÃO

Até onde será necessário o desenvolvimento de um teoria do dolo e da culpa no direito administrativo? Alguns aspectos da sociedade estão a exigir o cumprimento de certas exigências especialmente éticas na conduta da administração pública. O crescimento desusado da corrupção, a identificação de um paradoxo entre o discurso democrático e as condutas unilaterais de governo, a própria influência da tendência neoliberal são marcos influentes ao direito administrativo que estão exigindo uma melhoria das exigências de condutas formal e materialmente legais para os administradores. Por outro lado, as crises por que passa o direito penal faz exigir o desenvolvimento de núcleos independentes de sancionamento, que não circundem apenas na pena de privação de liberdade. São vários os pontos identificadores desta tendência.

Esta autonomia do direito administrativo, portanto, reporta à necessidade, não do desenvolvimento de um teoria independente do dolo e da culpa, mas da compreensão de sua problemática, voltada às finalidades específicas exigíveis para uma Administração Pública justa e protetiva.

O trabalho aqui apresentado apenas traceja as linhas desta tendência, mas informa a necessidade de sua compreensão para evitar entendimentos equivocados no que se refere à proteção dos interesses da Administração Pública e às noções da improbidade administrativa. Seus parâmetros (deste trabalho) são, apenas, o ponto de partida, mas que certamente merecerão discussão no contexto da aplicação das sanções administrativas,

independente delas serem aplicadas no próprio âmbito interna do
Administração Pública ou serem objeto de apreciação jurisdicional.

BIBLIOGRAFIA

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____ (organizador). **Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BACHINSKI, Carlos. **Latim, língua e direito vivos**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Ato Administrativo e Direito dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BUSATO, Paulo César et HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996 (reimpressão).
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- FERRAZ, Sérgio et DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1995.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997.
- _____. **O controle de moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva et STOCO, Rui (orgs.). **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Curitiba, Ed. UFPR.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 1997.

_____. Do Princípio da Proibição Administrativa e sua Máxima Efetivação. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 204, p. 71.

GARCIA, Emerson et ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. **O limite da improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2^a ed. São Paulo: RT, 1998.

MOREIRA, Egon Brockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY Jr., Nelson et NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**. 5.^a Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese: 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 1997.

REALE JR. Miguel. **Teoria do delito**. 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões latinas jurídicas e forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil. Vol. I e II**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. São Paulo: RT, 1985.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa. Ação de Improbidade & Controle Principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.