



**ICPD – INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ORIANE GRACIANI DE SOUZA

**O ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
SOB A PERSPECTIVA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM**

**BRASÍLIA/DF
2021**

ORIANE GRACIANI DE SOUZA

**O ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A
PERSPECTIVA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

**BRASÍLIA/DF
2021**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SOUZA, Oriane Graciani de.

O elemento subjetivo na improbidade administrativa sob a perspectiva da filosofia de linguagem/Oriane Graciani de Souza; 2021.
155f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), 2021.

1. Improbidade administrativa. 2. Dolo. 3. Filosofia da linguagem. 4. Motivação do ato administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

Oriane Graciani de Souza

O elemento subjetivo na improbidade administrativa sob a perspectiva da filosofia da linguagem

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito – Área 1 (Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento), Linha de Pesquisa I (Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado) do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

Brasília, 25 de janeiro de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

Orientador

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Membro Interno

Prof. Dr. Eliomar da Silva Pereira

Membro Externo

À minha família, composta pelos meus melhores mestres, que me ensinaram os jogos da linguagem do amor e que me despertaram a consciência e a vontade da contínua busca pelo conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Externo sincera gratidão ao meu orientador, Professor Sandro Lúcio Dezan, pela gentileza e pela dedicação na orientação da pesquisa, mostrando-se sempre vocacionado no exercício da docência.

Agradeço aos amigos e aos colegas de trabalho, pelas palavras de incentivo e de estímulo, pelos debates e pelas trocas de experiência, que indiretamente contribuíram para o enriquecimento de ideias e de perspectivas no desenvolvimento desta pesquisa.

À instituição que integro, cuja atividade profissional me despertou o interesse por aprimoramento.

Ao Divino Criador, pela graça e pela inspiração.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a traçar contornos teóricos para atribuição do dolo na conduta de improbidade administrativa, por meio de elementos indicativos e objetivos extraídos da motivação do ato administrativo. A abordagem deste trabalho propõe uma leitura dos elementos do dolo (consciência e vontade) sob a filosofia da linguagem, de modo que o elemento subjetivo seja atribuído por meio do contexto da ação e da linguagem elaborada pelo agente público no ato administrativo. Busca-se debater os fundamentos e os requisitos da motivação do ato administrativo, uma vez que o agente público, eventual autor de conduta de improbidade administrativa, participa dos jogos de linguagem por meio dos fundamentos de fato e de direito trazidos, ou não, na motivação do ato. Ao final, entendeu-se que o dolo não é um dado incorpóreo a ser extraído do estado mental do agente. O dolo é passível de atribuição, pois se traduz em um compromisso de realizar a ação correspondente. Sugere-se como critérios objetivos para identificação do dolo no ato de improbidade administrativa a análise dos seguintes aspectos: o contexto, as explicações e as confissões do agente, o cotejo da conduta frente as técnicas que o autor dominava e a averiguação de uma manifestação externa que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico e a probidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; Dolo; Filosofia da linguagem; Motivação do ato administrativo.

ABSTRACT

This dissertation proposes to outline theoretical contours for attributing deceit in the conduct of administrative improbity, through objective elements extracted from the motivation of the administrative act. The approach of this work proposes a reading of the elements of intent (conscience and will) under the philosophy of language, so that the subjective element can be attributed through the context of the action and the language elaborated by the public agent in the administrative act. The aim is to debate the fundamentals and requirements for the motivation of the administrative act, since the public agent, an eventual author of administrative misconduct, participates in language games through the factual and legal grounds brought, or not, in the motivation of the act. In the end, it was possible to understand that fraud is not an intangible fact to be extracted from the agent's mental state. The deceit is subject to attribution, as it translates into a commitment to carry out the corresponding action. It is suggested as objective criteria for identification of deceit in the act of administrative improbity the analysis of the following aspects: the context, the agent's explanations and confessions, the comparison of conduct in face of the techniques that the author mastered and the investigation of an external manifestation that contemplates an action capable of violating the legal good and administrative probity.

Keywords: Administrative dishonesty; Deceit; Philosophy of language; Motivation of the administrative act.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DOLO E MÁ-FÉ À LUZ DA IMPROBIDADE	9
1.1. Conceitos jurídicos indeterminados e tipologia dos atos de improbidade.....	10
1.2. O princípio da juridicidade como vetor de atuação do agente público.....	32
1.3. (In)definições do dolo na conduta ímproba.....	36
1.4. Implicações da má-fé.....	41
2. ELEMENTOS DA MOTIVAÇÃO	47
2.1. Motivo e dever de motivação do ato administrativo	48
2.2. Requisitos da motivação	64
2.3. Bases principiológicas da decisão administrativa	69
2.4. Processo administrativo e motivação externa do ato administrativo.....	72
3. VALORAÇÃO E TEORIA DA LINGUAGEM	77
3.1. Construções sobre o dolo na seara penal	77
3.2. Influxos da teoria da conduta	89
3.3 Dolo a partir da filosofia de linguagem	94
4. O DOLO EXTERNADO NA MOTIVAÇÃO	109
4.1. Critérios para identificação do elemento subjetivo na motivação do ato administrativo	109
4.2. Estudo de caso	119
CONCLUSÕES	129
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

Probidade é aquilo que brota bem (*pro + bho* – da *razi bhū*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade¹. Logo, probidade significa, inicialmente, o comportamento honesto, íntegro, legal e, em sentido secundário, o que brota bem, quem orienta de a maneira criteriosa de proceder.

Improbidade administrativa, em linhas gerais, é a conduta, comissiva ou omissiva, que infringe princípios e regras, implícitos e explícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário do ato, demonstrando inabilitação do primeiro para o exercício da função pública. O agente, servindo-se da função pública, busca angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza ou qualquer modo, com violação aos princípios e regras regentes da Administração Pública, menosprezando os deveres funcionais e a relevância de bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, com ou sem prejuízo patrimonial².

A regulação do procedimento de improbidade veio a lume com a promulgação da Lei nº 8.429/92, que previu como modalidades o enriquecimento ilícito, o dano ao erário ou a violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, em prejuízo das entidades integrantes da Administração Pública ou dos entes privados beneficiados, sustentados ou criados com utilização de recursos públicos.

Admite-se a responsabilização por ato de improbidade, independente de eventuais sanções criminais, cíveis ou administrativas.

De fato, a responsabilidade civil, clássica junto à formação do próprio direito, refere-se a situações jurídicas de direito privado. A responsabilidade penal cinge-se a comportamentos reputados típicos pelo Direito Penal, como *ultima ratio*, que podem levar à pena de cerceamento da própria liberdade.

De outro bordo, a responsabilidade administrativa traduz situações jurídico-administrativas entre o cidadão e o Estado.

¹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p.177.

² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.113.

A responsabilização jurídica por improbidade administrativa encontra autonomia constitucional, diante da interpretação extraída da Constituição Federal.

Para responsabilização por ato de improbidade, faz-se necessária a aferição do elemento subjetivo, pois não se admite a responsabilidade objetiva na espécie, uma vez que esta deve estar expressamente prevista no ordenamento jurídico.

A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da Lei de Improbidade Administrativa³.

A Lei nº 8.429/92 dispôs expressamente que a conduta de dano ao erário pode se configurar mediante dolo ou culpa, não mencionando o elemento subjetivo nas demais modalidades.

Após divergências pretorianas, pacificou-se o entendimento de que as modalidades previstas nos artigos 9º, 10-A e 11 são passíveis de imputação mediante dolo.

No julgamento do Recurso Especial nº 765.212/AC⁴, o Superior Tribunal de Justiça debateu com mais profundidade teórica a definição de dolo na conduta de improbidade administrativa.

Embora os ministros tenham reconhecido a conduta analisada como improbidade administrativa, divergiram quanto o teor do conceito de dolo, que seria sinônimo de voluntariedade, má-fé ou, ainda, desonestidade.

Com isso, a partir de estudos das teorias penais do dolo, buscou-se uma definição desse elemento subjetivo na teoria da improbidade.

O dolo é composto por dois elementos, compreendidos como consciência do agente de que está praticando uma conduta típica e como a vontade de realizar a referida ação ou omissão⁵.

³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.291.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 765.212, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02/03/2010, publicado em 23.06.2010.

⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.412.

Contudo, diante de um ato administrativo escrito, aparentemente regular e composto por motivação formalmente elaborada (sem prévia análise de seu conteúdo), como saber que o agente atuou com consciência e com vontade de praticar conduta de improbidade?

Partindo-se da premissa que não é dado ao juiz ou a quem quer que seja adentrar na psique do agente, como atribuir o elemento subjetivo por indicativos externos da conduta do agente?

Com base na filosofia de linguagem de Wittgenstein⁶, a abordagem deste trabalho propõe uma releitura desses elementos do dolo, para que possa ser extraído um juízo de valoração do elemento subjetivo por meio do contexto da ação e da linguagem elaborada pelo agente público no ato administrativo.

Busca-se debater os fundamentos e requisitos da motivação do ato administrativo, uma vez que o agente público, eventual autor de conduta de improbidade administrativa, participa dos jogos de linguagem por meio dos fundamentos de fato e de direito trazidos, ou não, na motivação do ato.

No âmbito do Estado, a vontade e a atuação do administrador são expressas por atos administrativos que pressupõem obediência à legalidade e ao regime jurídico.

Não se deve olvidar a finalidade da atuação estatal, qual seja, a satisfação de interesses públicos⁷, de sorte que a motivação é um importante instrumento dos órgãos de controle para aferição do preenchimento dessa finalidade.

A motivação se vincula com a legalidade, com a moralidade e com a transparência, pois a exposição de motivos demanda não apenas a explanação dos fundamentos fáticos e jurídicos, mas a correlação entre eles à luz do caso concreto⁸.

Por meio da motivação, a autoridade administrativa demonstra o liame entre elementos jurídicos e fáticos numa cadeia racional de convencimento da comunidade jurídica e do destinatário do ato sobre a validade e oportunidade deste⁹.

⁶ Obras analisadas: Investigações filosóficas, *Los Cuadernos azul y marrón*, Da certeza, Últimos escritos sobre a filosofia da psicologia.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p.50.

⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *A motivação e a lei do processo administrativo*, in *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9,784/99*, organizadores Irene Patrícia Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.286.

Embora a motivação não tenha sido explicitamente citada no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, pode ser considerada como um princípio implícito que decorre do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição (todo poder emana do povo), e do artigo 93, inciso X.

Apesar da ausência no texto constitucional, a Lei nº 9.784/99 previu expressamente a motivação como princípio na cabeça do artigo 2º.

No exercício da atividade administrativa, seja mediante ato discricionário, seja mediante ato vinculado, o agente público pode violar a ordem jurídica simplesmente. No entanto, a violação pode ocorrer em circunstâncias tais que seu agir não se faz apenas inválido, mas igualmente ofensivo à moralidade administrativa¹⁰.

Portanto, caso haja consciência e intenção em violar a ordem jurídica e os princípios regentes da atividade estatal, o agente, atuando ou não com má-fé, ainda que busque aparentar formalidade, pode ser responsabilizado por conduta de improbidade, atribuída pelo contexto fático e pela desarmonia entre a motivação declinada e a finalidade almejada.

Sabe-se que, para concretização das diversas modalidades de ato ímprobo, o agente pode agir de formas múltiplas. Tome-se, por exemplo, ato de improbidade decorrente de fraude em licitação e contrato, em que ocorre aquisição de bens superfaturados com ciência do responsável pela contratação, para posterior desvio do montante superfaturado pelos que incorreram no esquema fraudulento. Ou, ainda, em caso de ajuste adremente feito para conluio de lances em licitação, de forma que resulte vencedor determinado licitante.

O ilícito pode se materializar por inclusão de cláusula restritiva em edital de licitação, de forma a direcionar o certame, por fraude na constituição de pessoa jurídica participante, por contratação de bens ou serviços por preço inferior ao mercado, com subsequente celebração de aditivo contratual e aumento do valor do contrato, de forma a beneficiar a empresa vencedora.

Assim, a especificidade de cada situação redundará na valoração do dolo dos agentes e dos beneficiários do ato, especialmente pelas provas produzidas, que igualmente são várias,

⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p.79.

¹⁰ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.99.

como quebra de sigilos bancário, telefônico e/ou fiscal, oitiva de testemunhas, colaboração premiada de coautores do ilícito.

Por isso, para delimitação deste estudo, a pesquisa se cinge à aferição do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, praticado pelo agente público, a ser atribuído pela motivação do ato administrativo, hipótese que, por si só, abrange inúmeros casos, face a recorrente omissão no dever de fundamentação ou a prolação de motivos insubsistentes, insuficientes ou inadequados por gestores públicos.

O presente estudo tem como cerne a seguinte indagação: *quais os contornos teóricos para atribuição do dolo em conduta de improbidade administrativa, por meio de elementos indicativos e objetivos extraídos da motivação do ato administrativo?*

A pesquisa levada a efeito redundou na formulação das seguintes hipóteses: i) o elemento subjetivo do dolo na improbidade administrativa é passível de atribuição por critérios objetivos e externos ao agente; ii) a compreensão dos elementos de cognição e vontade do dolo à luz da filosofia da linguagem; iii) a inobservância ou observância parcial dos *requisitos mínimos da motivação* configura improbidade administrativa, e não apenas ilegalidade; iv) existência do elemento subjetivo do dolo na conduta do gestor público quando a motivação for ausente, incongruente, insuficiente, confusa ou *prolixa* (tida como aquela que, mesmo exaustivamente deduzida, não guarda relação entre a fundamentação jurídica e o fato que embasou a prática do ato).

O objetivo geral do estudo é definir os elementos do dolo na improbidade administrativa com base na filosofia de linguagem, para identificação desses elementos na conduta do gestor público que descumpre o dever de motivação do ato administrativo.

De forma mais específica, os objetivos da pesquisa podem ser assim elencados: traçar critérios objetivos de identificação do dolo; estudar os requisitos mínimos de motivação dos atos e dos procedimentos administrativos; analisar a correlação entre a violação ao dever de motivação e a improbidade administrativa; perquirir a ausência, insuficiência ou incongruência da fundamentação do ato e a improbidade administrativa; analisar caso concreto que permita estabelecer parâmetros de existência de dolo quando inobservado o princípio da motivação.

Quanto ao procedimento técnico da abordagem metodológica, utilizou-se de pesquisa bibliográfica de doutrinas e de artigos científicos, além de estudos de casos concretos e de julgamentos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e pelo Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de analisar decisões recentes prolatadas pelos referidos tribunais.

Tratou-se de uma pesquisa descritiva, mediante análise de normas legais e constitucionais, com estudo doutrinário e jurisprudencial.

Para concretude, realizou-se uma pesquisa qualitativa, ao interpretar o fenômeno em estudo, por meio de observações e conclusões extraídas de autores diversos sobre o tema e estudo de caso, objetivando correlacionar as bases teóricas traçadas com a aferição do elemento subjetivo de ato de improbidade em caso concreto.

A pertinência do estudo é definir os critérios de identificação do dolo na improbidade por meio da linguagem e da ação, que possam servir como parâmetros para enquadramento da conduta no tipo ilícito.

De modo a enfrentar a questão com a profundidade necessária, optou-se por dividir o presente trabalho em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, inicia-se a pesquisa com a análise dos aspectos necessários para configuração de uma conduta como ato de improbidade administrativa, a saber, o enquadramento do fato no tipo legal, a aferição de antijuridicidade e o elemento subjetivo do agente.

Como as hipóteses normativas dos atos de improbidade, previstas na Lei nº 8.429/92, trazem conceitos jurídicos indeterminados, busca-se traçar os contornos de determinabilidade desses conceitos para subsunção da conduta ao tipo legal. Discute-se se atos discricionários do agente público estariam sujeitos à responsabilização por improbidade.

Analisa-se a conduta de improbidade como antijurídica, porquanto violadora à lei e ao direito. Diante dessa perspectiva, debate-se o ato em estudo como violador aos princípios regentes da atividade estatal, especialmente os princípios republicano, da moralidade e da eficiência.

Ao se iniciar o aprofundamento no problema de pesquisa ora apresentado, aponta-se o panorama de imprecisões do significado do dolo na conduta de improbidade, em especial pela análise do julgamento do Recurso Especial nº 765.212/AC pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse delineamento, busca-se distinguir dolo e má-fé.

No capítulo segundo, ocorre a análise do motivo e do dever de motivação do ato administrativo, pelo apontamento de suas bases implícitas e explícitas no ordenamento jurídico pátrio.

Discorre-se sobre os requisitos da motivação, que possibilitam o cotejo entre o motivo, o resultado do ato e a lei, seja pelo apontamento dos fundamentos de fato e de direito, seja pela correlação lógica entre a ocorrência desses fatos e o ato praticado, o que reflete a compatibilidade da conduta com a lei.

Pontuam-se as bases principiológicas da decisão administrativa, consistentes nos princípios informadores que regem a própria atuação administrativa, em especial a boa-fé, o interesse público, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Analisa-se alguns elementos externos ao ato e que se apontam como necessários de motivação, por meio da valoração de direitos ou interesses legítimos dos particulares.

O capítulo terceiro trata dos estudos desenvolvidos pela doutrina penalista sobre a conceituação do dolo.

Assim, buscam-se nesse ramo as bases teóricas para definição do elemento subjetivo, que possam ser transpostas para a teoria das improbidades.

Propõe-se a filosofia da linguagem desenvolvida por Wittgenstein como base epistêmica para apreensão do dolo. De tal modo, afasta-se o dolo de um estado mental e psicológico e depura-se seu significado como um elemento normativo, manifestado na ação e na linguagem, por meio de um compromisso de atuar do agente.

Os elementos de conhecimento e vontade, integrantes do dolo, são correlacionados com a motivação do ato administrativo para fins de responsabilização de conduta por improbidade.

No capítulo quarto, com base nos elementos teóricos discutidos, propõem-se critérios objetivos para identificação do dolo na conduta reputada ímproba.

Por fim, realiza-se estudo de caso, no qual são aferidos os indicadores do elemento subjetivo, deduzidos da motivação e, de sua ausência, do procedimento administrativo do caso posto em exame.

Ao final, entendeu-se que o dolo não é um algo incorpóreo a ser extraído do estado mental do agente. Cuida-se de dado a ser valorado ou atribuído por meio da ação e da linguagem do sujeito. Ao contrário do desejo, o dolo é passível de atribuição porque é presente um compromisso de levar a cabo a ação correspondente e isso se expressa na própria ação. É na ação que se percebe o dolo.

Assim, sugere-se como critérios objetivos para identificação do dolo a análise dos seguintes aspectos: o contexto, as explicações e as confissões do agente, o cotejo da conduta frente as técnicas que o autor dominava e a averiguação de uma manifestação externa que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico e a probidade administrativa.

1. DOLO E MÁ-FÉ À LUZ DA IMPROBIDADE

O presente capítulo tem por finalidade analisar os aspectos necessários para configuração de uma conduta como ato de improbidade administrativa, quais sejam, o enquadramento do fato na hipótese normativa, a contrariedade ao direito ou antijuridicidade e o elemento subjetivo do agente.

Ao definir os atos de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 trouxe fórmulas abertas nas conceituações dos tipos legais, diversamente do que ocorre com os ilícitos penais, que devem sujeição ao princípio da estrita legalidade.

Os conceitos jurídicos indeterminados constantes dos tipos legais de improbidade demandam uma atividade interpretativa e valorativa do operador do direito à luz do caso concreto.

Assim, busca-se traçar certa determinabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados no tracejo da subsunção da conduta à hipótese normativa. Trava-se a discussão se atos discricionários do agente público estariam sujeitos à responsabilização por improbidade.

A configuração da improbidade pressupõe, ainda, a ponderação do ato em contrariedade às normas e aos valores que violou. Sob essa perspectiva, discute-se o ilícito como afrontoso ao conjunto axiológico que compõe os princípios regentes da atividade estatal, notadamente o princípio da juridicidade, o princípio republicano, o princípio da moralidade e o princípio da eficiência.

Adentrando no cerne do problema de pesquisa ora desenvolvida, é trazido um panorama de imprecisões do significado do dolo na conduta de improbidade, em especial ao se analisar o julgamento do Recurso Especial nº 765.212/AC pelo Superior Tribunal de Justiça.

Distingue-se o dolo da má-fé, para então prosseguir na tentativa de definição do elemento subjetivo ao longo dos demais capítulos.

1.1. Conceitos jurídicos indeterminados e tipologia dos atos de improbidade

A linguagem humana é um artifício daquilo que se apresenta no mundo real. Quanto melhor e mais acurada for essa linguagem, mais precisa será a apreensão da realidade.

Como manifestação de percepção da realidade, a linguagem se move livremente ante a multiplicidade do real. Por isso, comporta variações semânticas, bem como sofre mutações ao longo do tempo e do espaço.

É necessário admitir que a realidade não possui contornos de definitividade. Nada na vida é absoluto e tudo é um processo, que está em movimento e mudança¹¹.

O real se oferece múltiplo, complexo, rico em propriedade, regido por conexões diversas¹².

A linguagem ordinária ou natural, quando apreendida e incorporada pela linguagem jurídica, pode sofrer mutações em seu sentido originário pelos seguintes fatores, seja pela constante utilização em raciocínios jurídicos e pelas relações intersubjetivas nas quais opera, seja pela definição legal de alguns termos.

Não se tratando de um fruto de uma ciência exata, a linguagem jurídica possui invariavelmente certas expressões com textura aberta, sem precisão absoluta nas definições de palavras ou símbolos.

Há, assim, zonas de penumbra na linguagem jurídica, que por vezes se revela vaga ou imprecisa.

A imprecisão ou ambiguidade decorre da plurissignificação da palavra ou expressão, de modo que o significado do contexto linguístico dependerá da situação dentro da qual a expressão é utilizada.

A vagueza provoca dúvidas quanto ao conteúdo significativo da expressão ou conceito.

¹¹ FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.108.

¹² VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Volume 1, São Paulo: IBEST, 2003, p.14.

A valoração do intérprete, a partir da situação fática ou jurídica ou da experiência concreta, representa o elo entre as normas jurídicas de prescrição hipotética, que contemplam expressões com tessitura aberta, e o efeito jurídico previsto na norma.

Nesse panorama, não há como negar a existência de conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados, tampouco afastar sua importância, uma vez que a tarefa hermenêutica do operador jurídico deve ressoar a concepção e os valores deduzidos de determinado grupamento à época.

Os conceitos jurídicos se distinguem dos demais conceitos porque não se referem a coisas, mas sim a significações¹³.

A expressão “conceito jurídico indeterminado” ficou consagrada para designar termos, vocábulos ou expressões que não possuem um sentido determinado, preciso e objetivo. Reflete conceitos vagos, imprecisos, elásticos, de contorno indeterminado, que podem ser encontrados nos mais diversos ramos do direito.

É o que ocorre, exemplificadamente, com expressões como interesse público, prazo razoável, erro substancial, culpa grave, perigo iminente, bem comum, utilidade pública, boa-fé, justo preço, boa conduta, dentre outras, que são dotadas de abertura e variações interpretativas.

Para Eros Roberto Grau, a indeterminação não está nos conceitos jurídicos (que são ideias universais), mas nas suas expressões (termos). Segundo o autor, seria mais escorreita a designação de termos indeterminados de conceitos e não conceitos indeterminados¹⁴.

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a imprecisão, fluidez ou indeterminação residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Ensina que a palavra designa um objeto cujo contorno é impreciso. Caso assim não o fosse, bastaria substituir a palavra para cessar a fluidez. Porém, não é isso o que acontece para noções como “pobreza”, “velhice”, “interesse público”, cuja imprecisão prescinde da palavra a rotulá-la¹⁵.

¹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Conceito jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo - vol. 2, Nov/2012, p. 66.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 65-66 e 72.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 20-21.

No entendimento de Lourival Vilanova, o conceito sem objeto é uma impossibilidade jurídica. Todo pensamento é pensamento de algo. Esta referência objetiva é imanente ao conceito, ao pensamento em geral¹⁶.

Segundo o autor, o conceito é uma abstração e representa uma imagem ou tradução, na linguagem do pensamento, da contextura da realidade. Só se pode obter o conceito pela experiência dos objetos.

Prossegue ao ensinar que, em todo sistema conceitual, existe um grupo de conceitos fundamentais e principais, e outros derivados e adjacentes. O conceito fundamental tem sua órbita circunscrita, tem um sentido *a priori*, porém somente com a experiência empírica, por meio de um processo indutivo, é possível delinear o conceito subjacente àquele fundamental¹⁷.

Partindo-se da ideia de Lourival Vilanova, é possível traçar uma correspondência entre os conceitos fundamentais e os conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos jurídicos indeterminados possuem sentido apriorístico. Contudo, a apreensão desses conceitos ocorre mediante uma experiência, um caso concreto ou uma situação fática. É o empirismo que estabelece o processo indutivo para o conceito.

Cite-se, a título de ilustração, o conceito indeterminado de “interesse público”. O interesse público é dividido em interesse primário e interesse secundário. Interesse primário relaciona-se ao interesse coletivo primário, consubstanciando-se no dever de a Administração Pública concretizar direitos fundamentais. Interesse secundário se refere aos interesses da própria administração, em seu aparato ou sistema organizacional¹⁸.

Suponha-se que o Presidente da Câmara Municipal de determinado município tenha contratado uma empresa para inventário patrimonial do órgão¹⁹. Partindo dos aspectos acima delineados, a conduta estaria em consonância o interesse público, haja vista que o controle dos bens tombados permite a divulgação do acervo patrimonial aos munícipes, no exercício

¹⁶ VILANOVA, Lourival, *op. cit.*, p.7.

¹⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹⁸ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Processo administrativo: Lei 9.784/99*. São Paulo: Thomas Reuters, 2019, p.122.

¹⁹ Caso extraído do julgamento do Recurso especial nº 1.657.171, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 26.10.2020, publicado em 28.10.2020. O Superior Tribunal de Justiça desproveu agravo interno em Recurso especial e confirmou acórdão do Tribunal de Justiça, que condenou o réu pela prática do ato previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, aplicando as penalidades de ressarcimento ao erário, multa, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público ou receber incentivos e benefícios.

do dever de transparência (interesse primário), bem como propicia o controle interno e a organização dos bens no órgão (interesse secundário).

Todavia, a experiência (ou situação fática) desnudou que havia servidores suficientes para a realização do serviço no órgão. Logo, a contratação da empresa se mostrou despicienda e afrontosa à economicidade, pois gerou despesa pública desnecessária. A conduta se mostrou, na realidade, contrária ao interesse público, haja vista que a contratação do serviço importou em despesa ao erário municipal, por serviço que, embora relevante, poderia ter sido executado sem ônus financeiro ao órgão.

Nenhuma experiência indutiva é possível sem um conceito prévio que determine o caminho a seguir. Dessa forma, há que previamente munir-se de um critério seletor da noção de “interesse público” dentro de cujos lindes se enquadrem aquele fato que será investigado (interesses primário e secundário) e, por meio da experiência ou do fato concreto, tem-se o sentido de interesse público. A apreensão do conceito, portanto, tem origem empírica.

Na seara do direito administrativo, os conceitos jurídicos indeterminados ganham especial relevo por configurarem um instrumento ao legislador para atribuir certas competências às autoridades administrativas, de sorte que estas possam adotar soluções, dirimir controvérsias e realizar escolhas assertivas para as finalidades públicas, ponderando o tempo, o local e a sociedade vigente ao tempo do exercício da competência.

Ainda que os conceitos indeterminados sejam dotados de abertura, é possível extrair determinabilidade das normas jurídicas que trazem esses conceitos, por meio da densidade e da clareza normativas.

Pela densidade, o legislador tem o dever de atribuir competências de modo expreso, com a outorga de poderes concretos e específicos para cumprimento de finalidades determinadas²⁰.

De fato, o legislador não pode outorgar competências excessivamente amplas ao administrador, a ponto de que ele possa agir conforme seu estado de ânimo. Isso feriria o Estado de Direito, os princípios da separação de poderes, da legalidade, da igualdade, da

²⁰ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.

impessoalidade, da razoabilidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional e da segurança jurídica.

Por outro lado, a lei insuficiente de densidade estará inquinada de inconstitucionalidade.

Além da densidade, as leis habilitadoras de competências administrativas devem ser claras, inteligíveis, coerentes, aptas a permitir que os administrados conheçam previamente seus direitos e deveres perante a Administração Pública²¹.

Pontua Carlos Ari Sunfeld que os conceitos jurídicos nas áreas dogmáticas não apenas descrevem o direito positivo. Eles têm a função de influir na aplicação e na interpretação da norma, motivo pelo qual são conceitos com funções prescritivas²².

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados nas estruturas normativas permite certa mobilidade do conteúdo normativo, notadamente pelo surgimento de uma equidade cíclica, a ser entendida como a contínua mutação de padrões de justiça pela constante modificação de valores implementada no grupamento por influxos sociais²³.

Dentre os diplomas legislativos que utilizam a técnica de conceitos jurídicos indeterminados, a Lei nº 8.429/92, ao dispor sobre as modalidades de condutas de improbidade administrativa, faz referência, por diversas oportunidades, a esses conceitos.

A improbidade administrativa é, numa breve definição, o comportamento que viola a honestidade e a lealdade esperadas no trato da coisa pública, seja na condição de agente público ou de parceiro privado. Representa a desconsideração da lealdade objetivamente assumida por quem lida com bens e poderes cujo titular último é o povo.

É dever do agente público servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções com o objetivo de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de terceiro a quem queira favorecer²⁴.

²¹ VALIM, Rafael, *op. cit.*, p. 103.

²² SUNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p.134.

²³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.366.

²⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997, t.2, p.749.

Improbidade administrativa consiste na incorreção no manejo da coisa pública, no descumprimento dos princípios que regem e norteiam a administração pública²⁵.

Para Fábio Medina Osório, improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada. Segundo o autor, toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade administrativa constitui uma improbidade administrativa.

O dever de probidade descende de uma ética institucional peculiar ao setor público, consubstanciado num ponto de encontro entre normas éticas e jurídicas, nos limites da segurança e da capacidade de serem previstas as decisões dos operadores do direito²⁶.

A improbidade ocorre, portanto, quando o agente rompe com essas regras e com os deveres fundamentais à sua função, quais sejam, a honestidade e a eficiência funcional mínima²⁷.

Tem lugar a improbidade administrativa quando o agente se serve da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza ou qualquer modo, com violação aos princípios e regras regentes das Administração Pública. O agente, agindo por ação ou omissão, menospreza os deveres funcionais e a relevância de bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, com ou sem prejuízo patrimonial²⁸.

Os atos de improbidade administrativa estão descritos nas seções que compõem o Capítulo II da Lei nº 8.429/1992, em quatro grupos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (artigo 9º), cause prejuízo ao erário (artigo 10), acarrete a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ao contribuinte do ISS (artigo 10-A) ou atente contra princípios da administração pública (artigo 11).

Três técnicas legislativas permeiam a descrição normativa dos atos de improbidade. A primeira, contida no *caput* dos dispositivos normativos da improbidade, utiliza conceitos

²⁵ SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. Versão eletrônica. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203365/cfi/136!/4/4@0.00:60.6>. Acesso em 5 dez.2020.

²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.89.

²⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2ª edição. Porto Alegre: Síntese, 1998, p.62.

²⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.113.

jurídicos indeterminados como instrumento para se enquadrar os mais diversos ilícitos passíveis de serem praticados.

A segunda, empregada nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11, consiste em trazer previsões, específicas ou passíveis de integração, de situações que configuram a improbidade, as quais trazem concreção aos conceitos jurídicos indeterminados e se apresentam como hipóteses exemplificativas.

Por seu turno, a terceira técnica, contida no artigo 10-A, dispõe um rol taxativo de condutas, sem incisos exemplificativos.

O ilícito de improbidade, como comportamento que enseja responsabilização, deve ser típico, ou seja, deve amoldar-se à hipótese objetivamente prescrita²⁹.

Ocorre que, diferentemente das infrações penais, cujas condutas são definidas com precisão, em obediência ao princípio da estrita legalidade, os ilícitos de improbidade, não raras vezes, trazem descrições abertas, mediante conceitos jurídicos indeterminados, como anteriormente mencionado.

À vista de conceitos jurídicos indeterminados, o enquadramento da conduta como ímproba demanda uma tarefa interpretativa do aplicador da norma, que utiliza dados do caso e pormenores fáticos para valoração dos conceitos e determinação de seu alcance.

Com o objetivo de apontar parâmetros de determinabilidade aos conceitos jurídicos fluidos, propõem-se alguns pressupostos a serem analisados pelo aplicador da norma, no momento de subsunção da conduta com a tipo legal de improbidade, a fim de trazer maior definição desses conceitos e enquadramento do fato como típico.

Num primeiro momento, sugere-se que o aplicador da norma, à luz do caso concreto, avalie se a conduta analisada implicou em ofensa ao interesse público e ao bem-estar coletivo, uma vez que o agente público tem o dever de pautar suas decisões na premissa do agir em conformidade com os interesses públicos³⁰.

²⁹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.67.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p.50.

A Administração encontra sua razão de ser no mundo jurídico quando exerce função para cuidado e atendimento de interesses da coletividade e toda sua atividade jurídica deve ser voltada para o atendimento de finalidades de interesse público³¹.

Caso não constatado que o interesse público foi atendido, trata-se de forte indicativo de ilícito de improbidade.

Como a compreensão de interesse público é também, de alguma forma fluida, aponta-se que o intérprete avalie, também, se a conduta resguarda a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais, premissas da atividade administrativa do Estado Democrático de Direito e que, portanto, devem orientar a atuação do agente público³².

Por fim, na busca de integração de um conceito polissêmico para valorar se determinada conduta configura algum tipo da improbidade, sustenta-se que o intérprete averigue se o agente que deu causa à ação ou à omissão transgrediu o valor componente do núcleo que a norma tida por violada pretendeu abranger.

Propõe-se que a análise desses três aspectos apontados (atendimento ao interesse público, proteção a interesses fundamentais e respeito a valores contidos no núcleo da norma) seja feita sequencial e sucessivamente, de forma que a resposta afirmativa de um item implica a averiguação dos demais itens.

Caso um dos itens seja negativo (seja por ausência de interesse público, por violação a direitos fundamentais ou por lesão a valores contidos na norma), a conduta pode redundar em improbidade.

Contudo, se o primeiro item de análise for positivo, sugere-se que o aplicador da norma continue a averiguar os demais, até que eventualmente o subsequente seja negativo ou todos sejam positivos, neste último caso, indicativo de que a conduta é regular.

Com isso, quer-se dizer que a afirmativa de um item não necessariamente conduz na afirmativa nos demais. Porém, a contrariedade de algum desses aspectos, sinaliza, em tese, o enquadramento em figura típica de improbidade.

³¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 16. São Paulo: Malheiros, 2006, p.350.

³² FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Editora RT/Thomson Reuters, 2013, p.158.

Tome-se como exemplo determinado gestor municipal que se utiliza de montante da parcela dos 60% FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica) para construção de um posto de saúde em bairro onde não existe. Sabe-se que a parcela de 60% do FUNDEB é vinculada e destinada anualmente à remuneração dos profissionais do magistério.

Na hipótese aventada, para perquirir eventual ocorrência de desvio irregular e, portanto, improbidade na modalidade de lesão ao erário, indaga-se se, em decorrência da conduta: houve atendimento a interesse público; houve proteção a direitos fundamentais; e houve respeito ao valor contido na norma de regência.

Quanto à primeira indagação, a resposta é afirmativa, pois a construção de um posto de saúde atende ao interesse público da comunidade desguarnecida de posto na região.

A edificação do posto certamente visa à proteção de direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde e a prestação de serviço público para consecução desse direito.

Todavia, o emprego de verba do FUNDEB para construção de posto de saúde não atende à finalidade e ao valor ínsito da norma contida no artigo 22 da Lei nº 11.494/2007, que textualmente prevê que, pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais do Fundo, serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública. Ou seja, o valor contido nessa norma específica é a valorização de profissionais de magistério, e não a tutela de saúde.

Logo, a conduta em exame pode ser considerada como improbidade administrativa³³.

Outra questão que se traz a lume é a discussão se os atos discricionários do administrador, isto é, aqueles insertos na esfera de conveniência e oportunidade do agente público, seriam passíveis de imputação de improbidade.

Na lição do clássico administrativista Seabra Fagundes, a discricionariedade está afeta com o motivo e o objeto do ato administrativo.

³³ Em sentido contrário, Agravo Regimental em Resp 1.207.683/CE, 1ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 24.11.2015, publicado em 11.12.2015.

O mérito do ato administrativo é um aspecto do procedimento da Administração, relacionado com as circunstâncias e apreciações perceptíveis ao administrador, diante da função exercida por ele, vedado ao juiz penetrar no seu conhecimento³⁴.

Seabra Fagundes entendia que a discricção envolvia a escolha de soluções de conveniência discutível pelo confronto de umas com as outras pela Administração. Todavia, a discricção também residia na indeterminação criada pelo Poder Legislativo, uma vez que a lei pode deixar a autoridade livre para apreciação do motivo, segundo a oportunidade e a conveniência³⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a discricionariiedade como a margem de liberdade outorgada pela lei ao administrador para que este exercite o dever de integrar, no caso concreto, o conteúdo rarefeito mediante um critério subjetivo próprio, com o fim de satisfazer a finalidade insculpida no preceito normativo³⁶.

Alguns fundamentos embasam a discricionariiedade administrativa.

Num primeiro aspecto, sustenta-se que a discricionariiedade provém da deliberada vontade legislativa de conferir à Administração liberdade para decidir no caso concreto, em razão de sua posição em reconhecer, diante da multiplicidade de fatos administrativos, a melhor forma de satisfazer a finalidade da lei na situação empírica analisada.

Outro fundamento seria a impossibilidade de o legislador prever todas as situações a serem enfrentadas pela Administração Pública. Logo, justificar-se-ia a discricionariiedade como uma estratégia do legislador de recorrer a fórmulas de regulação mais flexíveis, aptas a abarcar maior gama de acontecimentos sociais.

Para Afonso Queiró, a discricionariiedade seria própria do Estado de Direito, pois existe um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual o legislador não pode ir, sob pena de passar da abstração à individualização³⁷.

³⁴ FAGUNDES, M. Seabra. *Conceito de mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, volume 23. Editora FGV. 1951, p.1. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>. Acesso em 08 jun.2020.

³⁵ FAGUNDES, M. Seabra, *ibidem*, p.1.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

³⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do desvio do poder em direito administrativo*, p. 57. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>. Acesso em 12 dez.2020.

Há, ainda, posição que fundamenta a discricionariedade na impossibilidade lógica de obstá-la³⁸.

Essa impossibilidade decorre da imprescindível utilização de conceitos unissignificativos ou plurissignificativos, a depender do caso concreto.

Os conceitos unissignificativos são aqueles com conotação e denotação precisas e inequívocas. Por outro lado, existem conceitos dotados de imprecisão, de fluidez, caracterizados como plurissignificativos. Quando a lei se utiliza de noções do primeiro tipo, haveria vinculação. Ao contrário, quando se vale de noções vagas, tem-se a discricionariedade.

Antes de debater se o ato discricionário pode ser enquadrado como ímprobo, necessário discorrer sobre a possibilidade do controle judicial como mecanismo limitador da extensão da discricção.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que o controle judicial dos atos administrativos e, da discricção, perpassa pela investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato³⁹.

O exame dos motivos, seja pela aferição da subsistência deles, seja pela idoneidade para determinar a vontade do agente, revela-se como meio hábil para contenção do administrador na esfera discricionária.

Ressalta o eminente administrativista que cabe ao Poder Judiciário fulminar a validade de todo e qualquer ato administrativo que ultrapassar as fronteiras legais e os limites da liberdade discricionária⁴⁰.

Nesse sentido, a teoria dos motivos determinantes representa um limite à discricionariedade administrativa, ao permitir o exame da legalidade dos motivos, pressupostos de fato e de direito, que levaram a Administração à prática do ato⁴¹.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*, p. 39.

³⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁰ *Idem*, p. 50.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa*. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010, p. 184-185.

O controle da finalidade do ato decorre da teoria do desvio do poder.

Haverá desvio de poder quando o agente se vale de uma competência para alcançar finalidade não abrangida por ela⁴².

Nesse caso, o comportamento do agente tem o móvel viciado, em desconformidade com a finalidade da regra de regência, o que implica na nulidade do ato, cuja invalidade pode ser declarada via judicial.

A teoria do desvio de poder viabiliza a avaliação da finalidade objetivada pela Administração Pública com a prática do ato, a fim de verificar se a autoridade não se utilizou de sua competência para atingir fins diversos dos que decorrem da lei. Logo, há controle da discricionariedade mediante o aspecto da moralidade no âmbito do direito administrativo, que passa a integrar a própria legalidade⁴³.

Outra hipótese de controle judicial da discricionariedade consiste no exame da causa do ato administrativo, entendida como a relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto⁴⁴.

No exame da causa, busca-se analisar a congruência entre o elemento empírico que fundamentou a prática do ato e seu conteúdo.

A discricionariedade não significa necessariamente uma atuação livre ou arbitrariedade pelo administrador. Tem sua razão de ser para que a Administração possa adotar a providência ótima no caso concreto, permitindo ao administrador público a análise do mérito do ato.

Como ressaltam Cadernatori e Oliveira, a função do administrador público, como sujeito encarregado de gerir interesses coletivos, pressupõe o dever de agir em prol de terceiros, no caso, a coletividade⁴⁵.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*, p. 51.

⁴³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. *Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário*. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016, p. 185.

⁴⁴ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p.122.

⁴⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina, *op. cit.*, p. 184.

Nesse contexto, o dever-poder discricionário, igualmente aos demais poderes administrativos, é passível de sindicabilidade judicial, notadamente pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial da atividade administrativa.

Ao se admitir a sindicabilidade do ato discricionário, é possível também valorar se a conduta do agente configura, ou não, algum tipo de improbidade, uma vez que a margem de liberdade de discricção não serve como salvo conduto para violação ao patrimônio público, à legalidade ou à moralidade.

Traz-se à colação o exemplo de que determinado gestor municipal tenha como iniciativa construir um segundo terminal rodoviário, com base em estudos técnicos, para implementação de política de incentivo ao turismo da localidade⁴⁶.

Em caso de impugnação judicial do ato, o Poder Judiciário pode perquirir se o estudo técnico é correlato à hipótese, se os fundamentos fáticos e jurídicos foram suficientemente motivados, permitindo a correlação do argumento exposto com o resultado obtido.

Porém, caso o ato não tenha sido fundado em estudo prévio, seja omissivo ou lacunoso em fundamentação, além de passível de anulação pelo Poder Judiciário, o exame da veracidade das circunstâncias fáticas em cotejo com demais elementos do ato pode desnudar a ocorrência de conduta de improbidade, passível de responsabilização do agente.

Para que ato emanado no exercício do poder discricionário configure algum tipo de improbidade, além da análise da fundamentação, sugere-se a adoção dos parâmetros acima delineados para tipificação nas hipóteses de conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam, análise se o ato atende ao interesse público, se busca tutelar direitos fundamentais e se consagra valores ínsitos na eventual norma regente.

A tipologia dos atos de improbidade, nos moldes previstos na Lei nº 8.429/1992, se desenvolve por ilícitos distintos, que possuem um ponto de partida comum, qual seja, a violação aos princípios regentes da atividade estatal⁴⁷.

⁴⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.*, p.368.

⁴⁷ GARCIA, Emerson. *A relevância da má fé no delineamento da improbidade administrativa*. IR. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 47-65, jul.-set. 2012, p.54. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista59/revista59_47.pdf. Acesso em 12/12/2020.

Dentre esses princípios, com matiz constitucional, cabe citar o princípio republicano, previsto no artigo 1º da Constituição Federal.

Do latim *res publica*, república significa que o agir em exercício da função pública é uma atuação da sociedade, e não por interesse pessoal.

Como consequência, há três deveres que se extraem do exercício de qualquer missão pública, seja na condição de agente público ou de particular em parceria com o Estado, e decorrem do princípio republicano, a saber, transparência, prestação de contas e responsabilidade.

Os poderes públicos enfeixados em cargos ou empregos públicos, ou delegados a particulares que se tornam colaboradores do Estado são conferidos a quem investidos na função para a realização de um interesse da sociedade. Por essa razão, os atos públicos prolatados devem ser transparentes, notadamente por envolverem recursos públicos (capital, empréstimo de bens, cessão de servidores públicos), a fim de se esclarecer o modo pelo qual são utilizados.

A prestação de contas decorre de que, qualquer conduta no âmbito da função pública é, em último aspecto, um agir em nome da sociedade. Logo, o administrador deve expor o que se fez, de qual modo e para qual fim. Como consequência da transparência, a *accountability* torna efetivamente públicas as atividades que envolvem os recursos e a atuação do Estado, a propiciar o acesso dessas contas à sociedade.

A transparência e a prestação de contas objetivam a titularidade do poder, e o povo é o seu soberano titular, segundo previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. A violação desses deveres por parte do gestor, por quebra da confiança que lhe foi depositada, enseja a responsabilização.

Portanto, o princípio republicano consubstancia direito fundamental do cidadão, a ser exercido por ele próprio ou por órgãos legalmente autorizados, de exigir a proteção contra a prática de ato lesivo ao patrimônio público ou a responsabilização em caso de vilipêndio, o que nele se devem compreender os patrimônios moral, histórico, cultural e meio ambiente.

A instrumentalização processual de defesa do patrimônio público pode ser feita por intermédio de ação popular, ajuizada pelo cidadão, por ação civil pública ou por ação civil de responsabilização por ato de improbidade administrativa, propostas pelos legitimados ativos.

O princípio republicano orienta a hermenêutica constitucional de outros princípios que norteiam a atividade estatal, tais como legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estruturantes à realização do interesse público.

Não há como deixar de vislumbrar a improbidade como contrariedade à moralidade.

Compreende-se por moral o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou ainda, os valores que inspiram a atuação do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal⁴⁸.

A primeira seria uma moral fechada, que se espalha pelos integrantes de um contexto social. A segunda, uma moral aberta, que ao mesmo tempo compõe aquela e dela recebe influxos, num contexto de retroalimentação.

A probidade administrativa refere-se não à moral comum (individual ou coletiva), mas à moral administrativa, que regula os agentes públicos no exercício da função própria do Poder Público.

A moralidade administrativa é consagrada pelo dever de ética que rege a atuação do administrador público, o qual tem por imperativo integrar o móvel de sua atuação com o objetivo de bem administrar.

A moralidade condiciona e rege a atividade administrativa para que os atos dos agentes não subjuguem valores decorrentes de direitos fundamentais dos administrados.

Ao mesmo tempo em que inibe uma atuação arbitrária do agente público, a moralidade administrativa confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado eficiência dos atos administrativos, por meio de uma atividade estatal que tenha por finalidade a consecução do bem comum.

Cuida-se de um tipo de moral fechada, regente dos agentes públicos no exercício de suas funções. Mesmo sendo fruto de um círculo restrito, está sempre aberta a receber novas

⁴⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op.cit*, p. 131.

matizes do seio social e constantes modificações, implementos ou reconfigurações ao longo do tempo.

A ética da qual são extraídos os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na formação moralidade administrativa é afirmada pela própria sociedade, no tempo e espaço, segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca implementar por meio do Estado.

As normas jurídicas, dotadas de conteúdo axiológico, selecionam valores que recolhe de outras ordens normativas do comportamento humano, como a lealdade, boa-fé, veracidade, honestidade. Valores como esses, e porque juridicizados, devem ser prestigiados pelo Administrador Público⁴⁹.

Tome-se como exemplo a prática de nepotismo (nomeação e favorecimento de parentes em cargos públicos) que, durante vários anos, mesmo com o princípio da impessoalidade inserto no texto constitucional (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), era recorrente na Administração Pública.

Sob a inspiração de valores morais, a sociedade passou a rechaçar privilégios e favoritismos na atividade estatal e não mais tolerar a ineficiência no exercício de cargos públicos por um grupo de pessoas, de sorte que o nepotismo foi questionado e interpretado sob a roupagem de ato afrontoso à impessoalidade e à moralidade administrativa.

Com isso, alguns órgãos começaram a expedir normativos internos que vedavam o nepotismo em seus quadros (como a Resolução nº 7, de 18/10/2005 do Conselho Nacional de Justiça⁵⁰).

Posteriormente, em 2008, a proibição do nepotismo foi consolidada por meio da edição de Súmula Vinculante nº 13, que considera uma violação da Constituição Federal a prática de nepotismo direto ou cruzado.

O enunciado sumular proíbe a contratação de parentes (cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau) de autoridade nomeante

⁴⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.85.

⁵⁰ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/187#:~:text=RESOLVE%3A-.Art.,nulos%20os%20atos%20assim%20caracterizados>. Acesso em 20 dez.2020.

ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁵¹.

Em 2010, foi editado o Decreto nº 7.203, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal⁵².

Igualmente, diversos Estados e Municípios editaram instrumentos normativos próprios regulamentando a vedação ao nepotismo.

Portanto, a edição do enunciado sumular e de inúmeros atos normativos sobre nepotismo demonstra que a moralidade administrativa, assim como a moralidade pública que rege determinada sociedade, não é estanque. Ao revés, está em constante evolução.

Diferentemente do princípio da legalidade, que se materializa por leis e instrumentos normativos, o princípio da moralidade tem contornos de generalidade e abstração, os quais demandam a atividade integrativa do aplicador do direito para identificar uma atuação que lhe seja afrontosa.

Na tentativa de sistematização dogmática do conceito de moralidade, Giacomuzzi sugere duas espécies de moralidades deduzidas do texto constitucional, protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira espécie, prevista no artigo 5º da Constituição Federal refere-se à legalidade do ato praticado pelo agente público, com a finalidade de se perquirir eventual desvio de finalidade.

À vista do controle de legalidade, busca-se averiguar o aspecto externo – em razão da existência de vícios de incompetência, procedimento ou forma – e o aspecto interno, se o ato padece de vícios de conteúdo, de motivos e de intenção. Ao se controlar a legalidade do

⁵¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em 20 dez.2020.

⁵² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7203.htm. Acesso em 20 dez.2020.

aspecto interno do ato, investiga-se o desvio de finalidade, como mecanismo de proteção da moralidade⁵³.

A outra espécie de moralidade, prevista no artigo 37 da Constituição Federal, tem por função veicular o princípio da boa-fé ao Direito Administrativo. A boa-fé pode ser tanto objetiva, consistente na proteção da confiança, quanto subjetiva, consubstanciada na vedação e na repressão da improbidade administrativa.

Essa distinção permite compreender a Lei de Improbidade Administrativa como um dos instrumentos que integram o sistema normativo de proteção da moralidade, por meio do controle da boa-fé subjetiva.

Esse conjunto normativo é composto igualmente pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), que preveem instrumentos processuais para buscar a reparação dos eventuais danos causados à coletividade e a anulação de atos administrativos danosos ou ilícitos.

Além da atuação moral, a probidade se expressa pelo dever de eficiência que rege a atividade estatal e, portanto, seus agentes públicos.

O Poder Público deve buscar o bem comum e o interesse público por meios idôneos e adequados, com economicidade e celeridade na gestão de recursos públicos para obtenção dos resultados pretendidos.

O conceito de eficiência pode ser tido como um conceito econômico, que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se trata apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa⁵⁴.

A eficiência foi erigida a princípio constitucional, por alteração do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 19/98.

⁵³ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública - O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p.298-299.

⁵⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 298-299.

Todavia, ainda que não houvesse expressa menção constitucional da eficiência como princípio informador da Administração Pública, o dever de agir eficiente sempre esteve presente em toda e qualquer finalidade buscada pela atividade estatal.

A violação aos princípios da moralidade e da eficiência, por abranger um leque de situações diversas, que nem sequer poderiam ser esgotadas em prescrições legais, consiste em exemplo de valoração de conceitos jurídicos indeterminados e de atos discricionários para fins de análise da conduta como improbidade administrativa, segundo o contexto fático.

De tal modo, conforme os critérios acima mencionados, sustenta-se que o ato seja avaliado sob a perspectiva de busca do interesse público, de garantia a direitos fundamentais ou de proteção do sentido axiológico da norma, para delineamento como afrontoso aos princípios da moralidade e da eficiência e, por conseguinte, como conduta ímproba.

Em análise aos tipos definidos na Lei nº 8.429/92, a subsunção ao artigo 9º demanda o enriquecimento ilícito do agente ou, em determinadas hipóteses, que ele tenha agido visando ao enriquecimento de terceiros.

Enriquecimento ilícito resulta de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público auferir uma vantagem não prevista na lei.

O enriquecimento ilícito implica a violação dos princípios acima citados, uma vez que a conduta do agente certamente estará eivada de ilegalidade e de imoralidade.

O ato que causa lesão ao patrimônio público, consoante o tipo do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, de igual modo importa em violação prévia aos princípios que informam os atos dos agentes públicos.

Trata-se de uma violação à coisa pública e, portanto, ao princípio republicano, além de vilipendiar a moralidade e a eficiência na gestão pública.

O tipo previsto no artigo 10-A pode se configurar por três condutas distintas, materializadas nas ações de conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário a lei de regência. Encerra violação ao princípio da legalidade.

Por fim, o artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, denominado de norma de reserva, tipifica, como ato de improbidade, a pura inobservância dos princípios administrativos regentes da

atividade estatal, prescindindo-se do enriquecimento do agente ou do dano ao patrimônio público.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece sanções de diversas naturezas, aplicadas isolada ou cumulativamente, a depender da gravidade do fato e do tipo ilícito em que incorreu o agente.

As sanções abrangem algumas de natureza patrimonial, como a perda de bens ou de valores ilicitamente acrescidos e o ressarcimento do dano. Outras reprimendas afastam direitos fundamentais constitucionais, a exemplo da perda função pública e da suspensão de direitos políticos.

Determinadas sanções implicam em restrições administrativas, como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A multa civil consiste em sanção pecuniária não restituitória.

Alguns atos tipificados como improbidade configuram igualmente infrações penais ou administrativas. Contudo, a responsabilização por atos de improbidade independe das sanções penais, civis e administrativas, como preceitua o artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

A criação de um subsistema sancionador das improbidades leva à conclusão que o Direito Penal, por si só, não dava conta de servir como único instrumento de enfrentamento à corrupção⁵⁵.

Cabe, então, debater a natureza jurídica das sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Diante dos bens jurídicos tutelados por essa norma, quais sejam, o patrimônio público e a probidade administrativa, seria reducionista a classificação dos ilícitos de improbidade como civis-administrativos⁵⁶.

De fato, os atos de improbidade atingem não direitos individuais, tutelados na seara cível, mas sim interesses transindividuais, que atingem a coletividade.

A conduta ímproba reprovável do agente público não ofende apenas o interesse da Administração, enquanto sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica, mas ao interesse

⁵⁵ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.163.

⁵⁶ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 155.

difuso da coletividade, que espera desse agente uma conduta em consonância com os princípios constitucionais, legais e éticos, os quais pautam a atuação administrativa⁵⁷.

Por outro lado, as sanções da Lei nº 8.429/92 tampouco possuem caráter penal.

Como ressaltado anteriormente, a aplicação das sanções em comento independe de outras de natureza penal.

As previsões das condutas dos artigos 9º, 10 e 11 contêm prescrições enunciativas e abertas, com conceitos jurídicos indeterminados, o que afronta a legalidade estrita do âmbito penal, que demanda expressa e prévia descrição da conduta criminosa na norma incriminadora.

Por fim, a sanção penal pode atingir o *status libertatis* do agente, como punição mais grave, punição não prevista em caso de improbidade.

Afasta-se, de igual modo, a teoria de que a sanção de improbidade decorreria do direito administrativo sancionador. Como primeiro ponto distintivo, cite-se que a penalidade não é aplicada pela própria Administração Pública, mas sim pelo Poder Judiciário.

Cabe salientar que nem todo ato de improbidade tem natureza administrativa, a exemplo de enriquecimento ilícito de agente público ocupante de função jurisdicional ou legislativa, de sorte que a punição decorre do desvio de sua atuação esportiva pela percepção de vantagem indevida⁵⁸.

Considerando o bem jurídico tutelado, há quem defina que os ilícitos de improbidade têm natureza constitucional e que as sanções possuem naturezas diversas – cível, administrativo-funcional e política -, conforme a materialidade de cada uma⁵⁹.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco sustentam que as sanções de conduta de improbidade têm natureza extrapenal, porém são direcionadas pelos princípios básicos

⁵⁷ SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010, p.108-109.

⁵⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op.cit*, p.625.

⁵⁹ ZIMMER JUNIOR, Aloísio, *op.cit*, p.157-163.

norteadores do direito penal, o qual assume uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado⁶⁰.

Fernando Gaspar Neisser propõe o entendimento de que o modelo sancionador da improbidade é intermediário entre o Direito civil e o Direito Penal, porém tão próximo possível do direito penal. Essa aproximação entre a improbidade e a seara penal reside em que ambos sistemas representam manifestações do *ius puniendi* do Estado, diferentemente do que ocorre com o Direito Civil⁶¹.

Explica o referido autor, em posição que se perfilha, que as infrações previstas na Lei nº 8.429/92 possuem, em grande parte, natureza criminal, uma vez que foram também previstas como ilícitos no Código Penal.

Como ilustração, observem-se os crimes previstos no Título XI do Código Penal, os quais configuram improbidade administrativa na forma do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

O crime de peculato, previsto no artigo 312 e seu parágrafo 1º do Código Penal referem-se à previsão do artigo 9º da Lei nº 8.429/92. O crime de peculato culposo equivale ao tipo do artigo 10 da Lei de Improbidade.

Outro argumento trazido é que o direito civil busca estabelecer um ressarcimento ou uma reparação dos danos causados, enquanto a sanção do direito penal impõe um castigo. A pena privativa de liberdade, embora a mais drástica, não é a única forma de castigo, pois o Código Penal preceitua também como penas a restrição de direitos e a multa.

Logo, existe uma correspondência entre as sanções da Lei nº 8.429/92 com aquelas previstas no Código Penal. As penalidades de ressarcimento dos danos, perda de bens objeto de ilícitos, multa, proibição de exercer direitos, perda de cargo ou mandato, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade, vinculadas às improbidades, podem igualmente derivar de uma condenação criminal⁶².

⁶⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op.cit*, p.624.

⁶¹ NEISSER, Fernando Gaspar, *op.cit*, p.293.

⁶² *Ibidem*, p.213.

1.2. O princípio da juridicidade como vetor de atuação do agente público

Um segundo aspecto para aferir se a conduta configura ilícito de improbidade consiste em perscrutar se o ato importa em contrariedade com as normas, com o direito e com os princípios regentes da atividade estatal.

É possível identificar o princípio da juridicidade como definidor da atuação do agente público.

Essa ideia decorre da evolução do princípio da legalidade, o que se confunde com a própria transformação do Estado de Direito, o que culminou na acepção constitucional do direito administrativo.

Numa primeira fase, no período do liberalismo, formularam-se princípios com o escopo de proteger o cidadão perante o poder público, tais como a separação de poderes, a isonomia, a legalidade, o controle judicial⁶³.

Nesse período do Estado de Direito, o único poder legítimo era o que resultava da vontade do povo, manifestada por meio do Parlamento. Ao Judiciário e ao Executivo cabia apenas a aplicação da lei.

A lei tinha um conteúdo material, representado pela ideia de direito natural, decorrente da natureza do homem e descoberto pela razão. Como medida de limitação do Estado absolutista, o princípio da legalidade era entendido no sentido da vinculação negativa, de sorte que a Administração poderia fazer tudo o que a lei não proibia.

Portanto, a legalidade definia as esferas jurídicas dos cidadãos para limitarem eventuais arbítrios do poder. O controle judicial estava adstrito à aferição dessa esfera de garantias individuais⁶⁴.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83/106, jan./jun. 2012, p.84.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, p.85.

Após a II Guerra Mundial, os princípios do liberalismo mostraram-se insuficientes para garantir a igualdade e a justiça social. Deslocou-se a preocupação do princípio da liberdade para o princípio da igualdade.

Na lição de Marcelo Caetano, o Estado liberal preocupava-se especialmente com a segurança, sobretudo no seu aspecto de certeza jurídica, e com a justiça, interpretada formalmente, na medida em que importava que todos, pelo menos no essencial, tivessem os mesmos direitos e as mesmas obrigações⁶⁵.

Com o Estado social, que sucedeu o liberalismo, buscou-se a concepção material da justiça, ou seja, a igualdade de situações econômicas e sociais, ou pelo menos a oportunidade dada a todos de conquistá-las⁶⁶.

Conseqüentemente, o princípio da legalidade sofreu alterações. A atividade administrativa passou a submeter-se à lei, levando à substituição do princípio da vinculação negativa pelo da vinculação positiva à lei, surgindo então o parâmetro que a Administração só pode fazer o que a lei permite⁶⁷.

Nesse contexto, houve a valorização do direito positivo e o afastamento do direito natural, de forma que a lei perdeu o seu conteúdo material, significando isto que a lei é obedecida porque contém uma norma, independentemente de seu conteúdo de justiça.

O Estado de Direito transformou-se em Estado legal. No tocante ao controle judicial de atos administrativos, esse era apenas formal, sem aquilatar princípios e valores que reduzissem a discricionariedade administrativa.

A evolução do Estado de Direito seguiu para o Estado de Direito Democrático, com a introdução de duas premissas: a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública (democracia participativa) e a da legalidade vista sob o aspecto material, e não apenas formal⁶⁸.

⁶⁵ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional: teoria geral do estado e da constituição*. Vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 186.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 186.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, p.85.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, p. 86.

Quanto à gestão democrática que se implementou na ordem política e jurídica, sobressaiu o papel do cidadão não apenas como portador de situações passivas legais, mas, com a mesma normalidade, como sujeito ativo diante da Administração. Essa qualidade de sujeito ativo do cidadão resulta não apenas de sua participação no processo político de formação da vontade geral, mas do fato mais concreto de, normalmente, manter o título de situações jurídicas ativas capazes de impor, mesmo com garantia judicial, sem a que normalmente não seriam eficazes, obrigações e deveres para com a Administração⁶⁹.

A legalidade pode ser referida em sentido estrito, para designar que certas matérias só podem ser disciplinadas por um dos processos previstos no artigo 59 da Constituição Federal.

Contudo, o Estado Democrático amplia a legalidade para o sentido amplo, a abranger a lei em sentido formal, os atos normativos do Poder Executivo, órgãos e demais entidades que compõe a Administração direta e indireta, além de todos os princípios jurídicos norteadores do ordenamento, consagrados de forma expressa ou implícita pela Carta Magna⁷⁰.

A legalidade material é corolário da constitucionalização do direito, apreendida ao se atribuir um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico⁷¹.

Consoante ensinamento de Luís Roberto Barroso, pela constitucionalização do direito, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional⁷².

Nessa mesma linha de intelecção, Gustavo Binbenbojm defende que a ideia de constitucionalização de direito administrativo é erigida mediante a adoção de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos a pautar a Administração Pública e, portanto, o agente público⁷³.

⁶⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. 13ª edição. Madrid: Civitas, 2013, p.18.

⁷⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina, *op.cit.*, p. 168-191.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 32.

⁷² *Ibidem*, p. 32.

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito

Na visão do autor, quatro paradigmas clássicos do direito administrativo se encontram em xeque na atualidade: o princípio da supremacia do interesse público sobre o direito privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública; e a ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo.

A superação desses paradigmas gera como consequência o fato de que a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no centro da vinculação administrativa, dando azo à juridicidade⁷⁴.

A juridicidade administrativa consiste em parâmetro de atuação do ofício administrativo. Ensina Gustavo Binenbojm que a juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa a englobar a legalidade administrativa como um dos seus princípios internos, mas não mais soberano como outrora⁷⁵.

Logo, o princípio da legalidade entendido no sentido material supera a visão tradicional da legalidade administrativa como uma vinculação positiva à lei.

Em arremate, pontua o autor que as ideias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos.

No mesmo sentido, os autores espanhóis Enterría e Tomás-Ramón defendem que os direitos fundamentais constituem princípios gerais da ordem solenemente positiva estabelecida na Constituição e, portanto, de eficácia inquestionável. Eles vinculam diretamente a Administração e os Tribunais⁷⁶.

Por conseguinte, afirmam os autores espanhóis que os direitos fundamentais constituem verdadeiros limites aos poderes administrativos, normativos e discricionários,

Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <http://www.direitdoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 13 nov.2019, p.7.

⁷⁴ *Ibidem*, p.6-7.

⁷⁵ *Idem*, p.15.

⁷⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *op.cit*, p. 15-92.

limites claramente intransponíveis, tanto por seu caráter genérico de princípios gerais dominantes da ordenança quanto por sua classificação constitucional específica⁷⁷.

Diante da premissa de que cabe à Administração Pública o dever de interpretar e aplicar o Direito, mediante solução do caso concreto posto à sua esfera de atribuição e de decisão, o princípio da legalidade abarca a atuação da Administração em sentido lato e, de tal modo, em consonância com o Direito, para englobar os pertinentes princípios, regras e valores de uma constituição programática⁷⁸.

Embora a probidade administrativa seja pautada pelos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, estes passam a integrar um princípio mais amplo na regência da atividade estatal.

O princípio da juridicidade impõe a atuação da Administração não somente conforme a lei (legalidade estrita), mas também conforme o Direito como um todo, vertendo-se em dever-poder substancial do administrador de realização do texto constitucional⁷⁹.

1.3. (In)definições do dolo na conduta ímproba

Em regra, no direito moderno, a responsabilidade por um resultado danoso demanda uma ligação psíquica que a ele vincule o agente, além do nexos causal entre a conduta e o resultado lesivo. Trata-se da responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade objetiva, que dispensa o vínculo psicológico do agente, deve estar expressamente prevista no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no caso de responsabilidade civil por dano ambiental, prevista no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/81.

⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *op.cit.*, p. 15-92.

⁷⁸ DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo: para uma teoria da decisão administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018, p.79.

⁷⁹ *Ibidem*, p.79-81.

O elemento subjetivo que propicia o encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a consequente imputação de culpabilidade do agente, pode se apresentar sob dolo ou culpa.

Na tipologia dos atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/92, com as alterações promovidas pela Lei complementar nº 157/2016, somente o artigo 10, que versa sobre os atos que causam prejuízo ao erário, faz menção ao elemento subjetivo do agente, que pode ser dolo ou culpa.

Diante da ausência da menção do elemento subjetivo nos demais tipos normativos de improbidade, surge a indagação se estes dispensariam o vínculo subjetivo entre a conduta do agente e o resultado.

Considerando que a responsabilização objetiva exige disposição normativa expressa neste sentido, em que pese a ausência de menção no tipo legal, os atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10-A e 11 exigem como elemento subjetivo o dolo do agente⁸⁰.

As modalidades de improbidade previstas nos artigos 9º, 10-A e 11 não admitem a culpa pelos seguintes fatores. Num primeiro aspecto, a reprovabilidade por descuido ou falta de atenção pressupõe expressa previsão normativa, o que não ocorre nas hipóteses. De outro bordo, consigna-se o fator lógico dedutivo de exclusão pelo legislador, que previu a culpa apenas no artigo 10, excluindo-a das demais hipóteses⁸¹.

Esse posicionamento, todavia, não foi pacífico na jurisprudência a princípio.

Em acórdão proferido no ano de 2005, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou-se recurso em face de sentença que discutia a contratação, por prefeito municipal, de um motorista de ambulância sem concurso público.

O relator analisou a ilegalidade da contratação de forma objetiva, reputando-se inexistentes os pressupostos relativos à excepcional necessidade do serviço público⁸².

⁸⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op.cit*, p.430.

⁸¹ *Ibidem*, p.433.

⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 299.666-5/5-00, 1ª Câmara de Direito Público, relator Des. Franklin Nogueira, julgado em 30.08.2005.

Afirmou o relator que, em que pese a ausência de previsão legal no *caput* do artigo 11, houve conduta culposa pelo réu, que atentou contra os princípios da administração pública, mantendo a condenação imposta na sentença⁸³.

Em outro caso, retratado em apelação julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2010, entendeu-se que a lesão a princípios administrativos contida no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa do agente, bastando simples ilicitude ou imoralidade administrativa⁸⁴.

Diante da divergência de interpretações dos tribunais, a questão veio a ser pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em 2006, lastreado no entendimento que vinha sendo adotado pelas turmas competentes para julgamento de temas de Direito Público, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu pela necessidade de imputação a título de dolo nas modalidades dos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 e, ao menos culpa, nos casos subsumidos ao artigo 10⁸⁵.

No voto do Ministro Teori Zavascki, designado como relator, apontou-se a impossibilidade de reconhecer a ocorrência de improbidade administrativa sem que estivessem evidenciados aspectos relevantes, como a prova de desonestidade, má-fé, intenção de provocar prejuízo, dolo ou culpa⁸⁶.

Não obstante o entendimento acima exposto, a 2ª Turma veio a divergir da decisão prolatada no Recurso Especial nº 604.151, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 737.279. Neste, consignou-se que a lesão a princípios administrativos, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente e prescinde de dano ao erário⁸⁷.

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 299.666-5/5-00, 1ª Câmara de Direito Público, relator Des. Franklin Nogueira, julgado em 30.08.2005.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0471.03.013621-5/003, Relatora Desembargadora Maria Elza, julgado em 28.01.2010, publicado em 19.02.2010.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151, da 1ª Turma, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.04.2006, publicado em 06.06.2006.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151, da 1ª Turma, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.04.2006, publicado em 06.06.2006, p.38.

⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.279, da 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, julgado em 13.05.2008, publicado em 21.05.2008.

Em 2010, em sede de julgamento do Recurso Especial nº 765.212, a 2ª Turma consolidou a posição de exigência do dolo para os ilícitos previstos nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92.

O recurso foi manejado pelo Ministério Público do Estado do Acre, em face de decisão do Tribunal de Justiça estadual, que julgou improcedente pedido de condenação em ação civil pública proposta em face do ex-prefeito do município de Senador Guiomard e de ex-Secretária municipal, na qual lhes foi imputado ato de improbidade administrativa por terem feito promoção pessoal em propaganda oficial do governo municipal.

A decisão recorrida, em síntese, reputou sem razoabilidade a ação civil pública proposta, por entender que a conduta dos réus não configurou ato de improbidade, e sim mera irregularidade administrativa, não tendo resultado o elemento subjetivo do dolo no evento.

O Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão do tribunal estadual, reputou a ocorrência de improbidade administrativa na modalidade do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 e condenou os réus pela utilização de propaganda institucional para promoção pessoal.

Segundo o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os agentes processados violaram os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, e atentaram dolosamente contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Embora os ministros tenham convergido pela condenação, a percuciente a análise dos votos proferidos revela a dissonância na definição do dolo, motivo pelo qual oportuna a análise da divergência das fundamentações esposadas.

Em seu voto, o relator Ministro Herman Benjamin sustentou, inicialmente, a tese de voluntariedade da conduta.

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

O ministro acolheu o entendimento de que o dolo é genérico, pouco importando se o agente atua com intenção específica de violar a lei ou com outra especial finalidade⁸⁸.

As premissas teóricas do posicionamento da Turma do Superior Tribunal de Justiça foram extraídas do voto da lavra do Ministro Mauro Campbell Marques.

Segundo os argumentos trazidos no voto, a Lei nº 8.429/92 integra um microssistema de proteção à moralidade administrativa que traz sanções aos agentes públicos que incidirem nas condutas prescritas, havendo uma aproximação desta norma com o direito penal, de modo a se formar o direito administrativo sancionador⁸⁹.

Prossegue na dedução que a Lei de Improbidade Administrativa, embora traga penas distintas da seara penal, autoriza a aplicação de princípios do direito penal, em razão do caráter sancionador de ambos os ramos.

Dentre os princípios penais de aplicação no âmbito das improbidades, aponta-se o da culpabilidade, pela qual a punição de qualquer pessoa depende da atuação com dolo ou culpa.

Caso não se admitisse o princípio da culpabilidade no subsistema da improbidade, conforme pontuou o relator, este passaria para a órbita do direito civil, que permite a imputação sem vinculação subjetiva.

Contudo, a sistemática indenizatória cível não guarda semelhança à sistemática punitiva da proteção à moralidade administrativa e o ilícito civil é o de gradação mais branda em comparação ao penal e ao administrativo.

O Ministro Mauro Campbell sustentou que a voluntariedade não se confunde com vontade, pois a vontade necessariamente pressupõe uma conduta com resultado querido.

Afirmou que o conceito de voluntariedade deixa de fora inúmeras situações, nas quais, apesar de haver voluntariedade na conduta, não se poderá caracterizar a improbidade.

O ministro partilhou o entendimento da Corte de que a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Argumentou que a natureza das sanções impostas em razão de

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 765.212, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02.03.2010, publicado em 23.06.2010, p.6-12.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 765.212, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02.03.2010, publicado em 23.06.2010, p.23-24.

enriquecimento ilícito ou de atentado aos princípios administrativos não comportaria a punição a título de culpa.

Se os administradores, por negligência, imprudência ou imperícia, violam os deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, por mais desaconselhável que isso seja, haveria irregularidade administrativa e não improbidade.

A ausência de menção expressa ao elemento subjetivo “culpa” levaria à conclusão que os artigos 9º e 11 só incidem na presença de dolo.

Sustentou que o dolo compreende o conhecimento e o querer ou vontade, e que existem dois tipos de dolo, direto (imediate ou mediato) e eventual.

Para configuração do dolo, prescinde-se que o agente tenha buscado qualquer finalidade específica (dolo específico).

Em conclusão, o conceito de dolo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça inclui as modalidades direta e indireta. Portanto, tem-se dolo pela vontade consciente de praticar determinada conduta, apta a produzir resultados descritos no tipo, ou pela concordância do agente de que os resultados serão atingidos, uma vez que deveria saber que isso ocorreria.

1.4. Implicações da má-fé

O julgamento do Resp nº 765.212⁹⁰ pelo Superior Tribunal de Justiça ancorou-se em decisões anteriores que exigiam um elemento de desonestidade ou má-fé por parte do autor, sem o qual não haveria que se falar em ato de improbidade administrativa nos termos dos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992.

Foi esse o argumento extraído do voto do Ministro Mauro Campbell, de que a Lei de Improbidade Administrativa alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Questiona-se se a má-fé, entendida como desonestidade ao agir, pode ser apreendida como elemento do dolo.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 765.212, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02.03.2010, publicado em 23.06.2010.

Na tarefa de debater a indagação acima exposta, passa-se a tecer considerações sobre as distinções entre dolo e má fé.

No âmbito da improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 não fez qualquer menção à má fé. Contudo, a má-fé não se confunde com o elemento subjetivo do ato de improbidade.

A configuração do elemento subjetivo antecede a aferição da má-fé do agente. Isso porque o elemento subjetivo estabelece o vínculo subjetivo entre o agente público e a conduta ilícita. De outro lado, a má-fé consiste nos motivos almejados pelo agente.

A má-fé é analisada para aferição da reprovabilidade, ou não, da conduta, o que justifica, ou não, a incidência do sistema sancionador da Lei nº 8.429/1992⁹¹.

Depreende-se que o dolo é o elemento relacionado à conduta do agente, ao se depurar da conduta se ele agiu com consciência e vontade de praticar determinado fato, enquanto a má-fé tem elemento essencial para a sua configuração o potencial conhecimento da ilicitude do fato, relacionando-se com os objetivos do agente⁹².

Ressalte-se que a má-fé, tratando-se de um juízo valorativo negativo e reprovável, ao vincular o agente ao resultado de sua conduta, apenas se compatibiliza com o atuar doloso.

Na modalidade de ato de improbidade culposo, previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, afere-se a reprovabilidade da conduta por outros elementos que não a má-fé, uma vez que a culpa reflete o descumprimento do dever de cuidado, e não expressa o descumprimento de normas jurídico-morais sedimentadas na sociedade⁹³.

O dolo consiste na vontade deliberada da prática do ato, enquanto a má-fé expressa os objetivos almejados pelo agente.

A responsabilização do agente público nas sanções de improbidade pressupõe operações sucessivas, de sorte que a presença de má-fé seria valorada na última delas.

⁹¹ GARCIA, Emerson, *op.cit*, p.54.

⁹² BOMFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte. Volume XIII, número 1, julho de 2020, p. 181/206. Disponível em <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em 10 dez.2020.

⁹³ GARCIA, Emerson, *op.cit*, p.54.

O caminho para identificação do ato como ímprobo inicia pela aferição da conduta como incompatível com o princípio da juridicidade, ou seja, incompatível com os princípios regentes da atividade estatal.

A violação da norma pelo agente público, de regras ou princípios, enseja a possibilidade de averiguação se ela se subsume em alguma das modalidades de improbidade.

Esse viés de interpretação está em consonância com a teleologia da norma e com a sistemática legal, porquanto os atos de improbidade independem da efetiva ocorrência de dano ao erário, segundo inteligência do artigo 21 da Lei nº 8.429/92⁹⁴.

Num segundo momento, analisa-se o elemento subjetivo do agente. A princípio, o ato será doloso se constatada a vontade livre e consciente de praticar o ato violador aos princípios regentes da atividade estatal, ou quando o agente, prevendo a possibilidade de violá-los, assume o risco com sua conduta.

De outro turno, será culposo quando o agente deixar de empregar a atenção ou a diligência necessária, atuando com negligência, imprudência ou imperícia.

Após verificada a violação aos princípios regentes da atividade estatal e identificado o elemento volitivo do agente, necessário perquirir se o ato gerou outros efeitos, o que definirá a tipologia legal da modalidade reputada ímproba.

Havendo violação unicamente à juridicidade, a conduta se enquadra ao artigo 11 da Lei nº 8.429/92. Caso o ato tenha provocado dilapidação do patrimônio público, será enquadrado no artigo 10. Na hipótese de concessão, aplicação ou manutenção indevida de benefício financeiro ou tributário ao contribuinte do ISS, redundará na figura do artigo 10-A. Por fim, aferido o enriquecimento ilícito do agente, ter-se-á a subsunção no artigo 9º.

Pela quarta operação, busca-se identificar se os sujeitos ativo e passivo podem ser enquadrados na Lei nº 8.429/92.

Após essas operações, chega-se à “improbidade formal”. A atividade valorativa do operador jurídico, até então, cinge-se à construção de um cotejo entre a conduta e a Lei nº 8.429/92⁹⁵.

⁹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *op.cit*, p.446.

Nessa etapa é que deve ser constatada a presença, ou não, da má-fé. Por meio da utilização do princípio da proporcionalidade, é possível averiguar se a conduta configura “improbidade formal” ou “improbidade material”.

À improbidade formal, deve-se somar a improbidade material, que não resultará configura quando a distorção do agente importar em lesão ou enriquecimento ínfimo ou de nenhum valor, quando eventual inobservância dos princípios administrativos decorrer de erro escusável.

A incidência da Lei nº 8.429/92 pode ser afastada em situação que não apresentem potencialidade lesiva, contudo, sem que implique em enfraquecimento da própria credibilidade da lei regente.

Ainda que afastada a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, poderão ser aplicadas sanções disciplinares, compatíveis com a reprovabilidade da conduta e com a natureza dos valores infringidos.

Com isso, evita-se que agentes que se apropriem de uma folha de papel do órgão público, ou que figurem como autoridade coatora em mandado de segurança cuja ordem foi concedida sejam julgados como ímprobos⁹⁶.

Invoca-se a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como vetores da atividade hermenêutica exigida na concretização do conceito de improbidade em cada situação fática posta sob análise, com o objetivo de equilíbrio e realização dos valores jurídicos que se buscam operar na linguagem normativa⁹⁷.

A razoabilidade e a proporcionalidade direcionam as imposições normativas para o regular estabelecimento do motivo, do conteúdo e da finalidade do ato, a fim de averiguar se se trata de conduta ímproba.

Portanto, é imprescindível uma valoração da situação fática mediante o critério da proporcionalidade, em que sejam sopesados os seguintes fatores: adequação entre as regras da Lei nº 8.429/92 e a finalidade de preservação da probidade administrativa, resguardando o interesse público; enquadramento do fato à tipologia da lei de improbidades;

⁹⁵ GARCIA, Emerson, *op.cit*, p.57.

⁹⁶ *Ibidem*, p.54.

⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *op.cit*, p.363.

proporcionalidade em sentido estrito, a ser observada pela proporção entre o objeto perseguido e as penalidades impostas ao atingido.

Algumas diretrizes podem ser traçadas para identificar quando, sob o prisma da proporcionalidade, afasta-se a incidência da Lei nº 8.429/92: a conduta não implicou em violação aos valores tutelados pela norma; o dano causado foi de ínfima monta (como o exemplo anterior da folha de papel); a conduta atingiu a finalidade prevista na norma; houve atendimento do interesse público tutelado na norma; não houve violação de direitos fundamentais; eventual erro de direito era escusável; o agente não agiu com má-fé.

Portanto, a má-fé não é elemento integrativo do dolo. Trata-se de um dos elementos a ser considerado para aplicação da Lei nº 8.429/92.

É possível que um ato tenha sido praticado com boa-fé e justifique a incidência da Lei nº 8.429/92.

Exemplo, nesse sentido, é o caso em que um prefeito municipal, descumprindo a legislação de regência, destine recursos afetos à educação para a construção, na única praça pública da localidade, de um monumento em prol da família, levando à extinção do espaço público.

O alcaide, mesmo que tenha agido com o objetivo de exortar a importância da família e, assim, com boa-fé, praticou ato de improbidade pelas seguintes razões: foi maculada a juridicidade; foi comprometido o atendimento do direito à educação; a receita disponível foi integralmente direcionada a uma finalidade que, embora de interesse público, não ostentava tamanha importância para a coletividade quanto a educação; a população se viu privada do serviço de educação e de uma área de lazer; a área de lazer precisará ser recomposta, o que implica em prejuízo financeiro, haja vista a demolição do monumento⁹⁸.

Outro exemplo dá-se quando o gestor municipal efetua o desconto da contribuição previdenciária dos servidores do regime próprio de previdência social e não repassa o montante para o Fundo Próprio de Previdência Social ou faz repasse a menor da quantia descontada.

⁹⁸ GARCIA, Emerson, *op.cit.*, p.62.

O valor não repassado é empregado pelo gestor para outra finalidade, qual seja, pavimentação asfáltica.

O fundo previdenciário resultou lesado, havendo dívida pela ausência de repasse dos recolhimentos previdenciários ou por repasses a menor. Essa dívida é posteriormente negociada, mediante parcelamento dos débitos previdenciários, com a incidência de juros e correção monetária, o que vem causar lesão ao erário municipal.

Conquanto o gestor possa alegar que não agiu com má-fé, pois o valor descontado da previdência dos servidores e não repassado ao fundo previdenciário foi revertido a uma finalidade pública, a ausência de repasse previdenciário importou em encargos moratórios e juros às custas do erário municipal.

As boas intenções do agente público devem observar os limites e as finalidades da legislação de regência, e não caprichos ou orientações pessoais, ainda que relevantes ou pertinentes.

Logo, a sinonímia usualmente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça de que *“a lei não pune o administrador inábil, mas unicamente desonesto”* merece, à vista de todo exposto, ser encarada com ressalvas.

De fato, a “escusa de incompetência”, invocada por agentes públicos, como alegação de que não agiram com má-fé deve ser reconhecida com cautela, sob pena de vulgarização.

A incompetência pode decorrer de uma atuação com objetivos escusos e com má-fé.

De igual modo, o agente pode se mostrar incompetente quando, dolosa ou culposamente, praticar ato afrontoso à moralidade ou à eficiência, mesmo que dotado de boa-fé, como nos exemplos citados.

A incompetência não necessariamente tem relação com os objetivos do agente, mas sim com a conduta. Ímprobo é o agente desonesto e, igualmente, o agente incompetente que, por culpa ou dolo, viola comandos legais.

Diante dessa conclusão, prossegue-se no presente estudo, para se debruçar especificamente no delineamento do elemento subjetivo do agente em caso de improbidade.

2. ELEMENTOS DA MOTIVAÇÃO

No capítulo anterior, buscou-se definir a probidade administrativa, tecer considerações sobre os tipos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92 e ressaltar que o enquadramento da conduta como ímproba pressupõe que seja amoldada ao tipo legal, que haja contrariedade à juridicidade e que haja comprovação do elemento subjetivo para responsabilização do agente.

Destacou-se que, diferentemente dos ilícitos penais, que exigem a estrita legalidade da conduta, os tipos de improbidade contêm definições abertas, pois o legislador, sem pretender esgotar as hipóteses de ilicitude, adotou conceitos jurídicos indeterminados, que demandam a análise do intérprete à luz do caso concreto para enquadramento do fato como ímprobo.

Sustentou-se a possibilidade de determinabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, especialmente porque a Lei nº 8.429/92 trouxe esses conceitos nos tipos legais de improbidade. Ao se analisar a conduta sob o viés de boa gestão, ou seja, se a atuação do agente público buscou a satisfação do interesse público, com a observância do balizamento jurídico regular da atividade que tende a efetivá-lo, é possível traçar contornos que demonstram o indicativo de probidade.

No aspecto do elemento subjetivo, exige-se o dolo para as condutas de enriquecimento ilícito, de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ou de violação aos princípios administrativos, e dolo, ou culpa, em caso de dano ao erário.

Em sequência, foi trazido ao estudo a compreensão de dolo pelo Superior Tribunal de Justiça, que, ao final, contém contradições conceituais, por equiparação do elemento subjetivo com voluntariedade, desonestidade ou má-fé.

Num primário tracejo da investigação para se tentar definir a acepção de dolo na improbidade, consignou-se sua distinção com má-fé, à conclusão de que não configuram sinônimos.

A conduta dos agentes públicos, em geral, é externada por meio de atos administrativos escritos. É o que ocorre, exemplificadamente, nas contratações públicas, entabuladas por procedimentos administrativos de licitação ou de dispensa de licitação que as precedem, nos atos de nomeação, nos decretos editados.

Portanto, a conduta no ato de improbidade é analisada, nesses casos, por meio da fundamentação elaborada pelo agente público no ato administrativo que embasa seu agir.

Em outras hipóteses, a conduta ímproba é investigada justamente pela falta de motivação do ato, quando o agente, ciente de sua obrigação de discorrer os motivos, não o faz, como subterfúgio de eventual intenção irregular.

Pretende-se neste capítulo analisar o princípio da motivação, regente da atuação do administrador público, bem como os requisitos da motivação no exercício da atividade estatal.

Discutem-se as bases principiológicas da decisão administrativa, notadamente os princípios da boa-fé, do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência e da moralidade.

Além dos requisitos legais da motivação, são sustentados outros elementos, que integrariam a motivação externa do ato administrativo, tais como manifestações do administrado, laudos técnicos e pareceres.

Objetiva-se, por meio do estudo da fundamentação, extrair os elementos indicativos de valoração do dolo na conduta reputada como ímproba quando o agente público viola o dever de motivação do ato.

2.1. Motivo e dever de motivação do ato administrativo

No exercício da função administrativa, o Estado desenvolve um espectro de atividades heterogêneas, necessárias para o atendimento das diversas finalidades que lhe são outorgadas pelo ordenamento jurídico.

Dentre as diversas formas de atuação da Administração Pública, importante destacar o ato administrativo como mecanismo de exteriorização da vontade do administrador para produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender o interesse público.

Ato administrativo pode ser conceituado como a declaração jurídica unilateral, produzida pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, em cumprimento de lei, no exercício

do poder público, na busca de satisfação de interesse público concreto, sujeita a controle jurisdicional⁹⁹.

Ao conceituar o instituto, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece que devem ser utilizados dois sentidos: o ato em sentido amplo e o ato em sentido estrito¹⁰⁰.

Em sentido amplo, ato administrativo é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas de controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Em sentido restrito, o ato administrativo seria toda declaração unilateral de vontade do poder público, no exercício das atividades administrativas, gozando de todas as prerrogativas de direito público, para fiel execução do disposto na lei, sujeito a controle jurisdicional, excluindo-se do conceito de atos administrativos, os atos gerais e abstratos e os atos convencionais ou acordos firmados pela Administração Pública.

Ato administrativo é espécie pertencente ao gênero ato da Administração. Este significa o ato praticado pelo Estado ou por quem o represente. Por outro lado, a expressão ato administrativo refere-se ao conteúdo material, ou seja, à atividade desenvolvida com prerrogativas e restrições próprias do poder público, sujeita ao regime jurídico administrativo e passível de controle jurisdicional¹⁰¹.

Analisando o conceito restrito de ato administrativo, trata-se de uma declaração jurídica, porquanto produz efeitos no mundo jurídico, seja pela criação, modificação ou extinção de direitos, seja pela certificação, comprovação ou verificação de situações fáticas.

A unilateralidade consiste no “poder extroverso” da Administração, uma vez que, no exercício do poder soberano estatal, a cargo dos órgãos administrativos, por meio do ato, podem-se produzir unilateralmente modificações na esfera jurídica de terceiros¹⁰².

⁹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 16. São Paulo: Malheiros, 2006, p.328.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p.393-394.

¹⁰¹ NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p.27.

¹⁰² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *op.cit*, p.328.

A declaração é produzida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício do poder público, diante das prerrogativas próprias do Estado no exercício da função administrativa.

O ato deve encontrar seu fundamento de validade em lei, o que expressa a obediência ao princípio da legalidade.

A declaração emana da Administração para a consecução de interesses públicos concretos, a denotar a concreção como qualidade ínsita do ato administrativo.

Por fim, a declaração inserta no ato é passível de submissão ao controle jurisdicional e, portanto, pode ser revista a qualquer momento pelo Poder Judiciário, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Para a existência de um ato administrativo, determinados requisitos se fazem necessários, sem os quais não existirá ato algum. Trata-se dos elementos do ato administrativo.

Adotando-se o critério legal, o artigo 2º da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular) menciona cinco elementos do ato administrativo, quais sejam, competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discordar dessa classificação, entende que nem todos os “elementos” realmente o são. A seu ver, o termo “elementos” remete à ideia de parte componente de um todo, o que é incompatível com alguns dos elementos acima apontados¹⁰³.

Para o administrativista, alguns dos ditos elementos não podem ser admitidos como partes do ato, pois lhe são exteriores, como o motivo e a finalidade.

Propõe a separação entre os elementos do ato (conteúdo e forma) e os pressupostos do ato. Estes, por seu turno, dividem-se em pressupostos de existência, condicionantes de sua existência, ou seja, condições para que o ato administrativo se concretize, e pressupostos de validade, condicionantes de sua lisura jurídica¹⁰⁴.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.400.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 400.

Os pressupostos de existência consistem no objeto e na pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Os pressupostos de validade são: pressuposto subjetivo (sujeito); pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); pressuposto teleológico (finalidade); pressuposto lógico (causa); e pressupostos formalísticos (formalização).

Motivo, portanto, pode ser categorizado como elemento do ato administrativo, segundo critério legal, ou como pressuposto de validade, no ensinamento acima esposado.

Na concepção civilista, motivos são ideias ou razões subjetivas, interiores ao agente, para consecução do negócio jurídico¹⁰⁵.

Contudo, na seara administrativa, os motivos não podem ser subjetivos, ou seja, independem da psicologia do autor¹⁰⁶. A concepção objetivista dos motivos no ato administrativo tem por escopo uma atuação imparcial e uniforme do administrador, alheia a subjetivismos e a manifestações de atos por inclinações pessoais.

Segundo José Cretella Junior, motivo é a razão de ser do ato, o que, no mundo administrativo impulsiona o órgão competente da Administração para tomar certa decisão, premissa extraída da realidade, que leva à conclusão, objetivo da atitude tomada¹⁰⁷.

O autor preleciona que o motivo configura suporte fático da decisão, ou seja, o fato antecedente que condiciona a vontade manifestada pela Administração¹⁰⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o motivo como o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. Trata-se da situação empírica que deve ser reputada para a prática do ato e, assim, antecede o próprio ato. Logo, é externo ao ato¹⁰⁹.

Em seu entendimento, o motivo pode ser previsto em lei ou não. Se previsto em lei, o ato somente poderá ser praticado quando ocorrer a situação preconizada. Não havendo previsão legal, o agente pode escolher a situação ou motivo que subsidiará a edição do ato.

¹⁰⁵ NOHARA, Irene Patrícia, *op. cit.*, p.33.

¹⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.92.

¹⁰⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.268.

¹⁰⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *Do ato administrativo*. São Paulo: José Bushtsky, 1977, p.40-41.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 405.

Contudo, a liberdade do administrador não implica na expedição do ato sem motivo ou sob motivo qualquer. O motivo deve guardar pertinência lógica e adequação com o conteúdo do ato, visando à consecução da finalidade legal¹¹⁰.

Por seu turno, Irene Patrícia Nohara adota o conceito de motivo como pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato jurídico¹¹¹. O fato deve possuir uma base legal, pois não é todo e qualquer fato que consubstancia o motivo de um ato administrativo.

Por essa razão, conforme a autora, o motivo possibilita duas ponderações, a ocorrência do fato e a descrição do fato em lei¹¹².

Nessa linha, perfilha-se a concepção que motivo do ato administrativo é a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato. Desse modo, pode ser dividido em: pressuposto de fato, consistente no conjunto de circunstâncias ou acontecimentos que levam à prática do ato; e pressuposto de direito, que é a norma do ordenamento jurídico a justificar a prática do ato.

Motivo distingue-se de móvel. O motivo é externo ao agente. Consiste em uma situação objetiva, real, empírica. De outro lado, móvel é interno ao agente; refere-se à intenção, ao propósito do agente que praticou o ato, à representação psicológica e interna do agente.

Motivo igualmente não se confunde com causa. Causa é uma relação de adequação entre o motivo e o conteúdo do ato em vista da finalidade legal correspondente a este. Por meio da causa, examinam-se se os motivos guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em vista da finalidade que cumpre atender¹¹³.

Para a validade do ato administrativo é preciso que o motivo obedeça a algumas exigências que lhe confirmam legalidade.

Exige-se a materialidade do ato, ou seja, o motivo pelo qual foi praticado o ato deve ser verdadeiro e compatível com a realidade fática apresentada pelo administrador.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.405.

¹¹¹ NOHARA, Irene Patrícia, *op. cit.*, p.37.

¹¹² *Ibidem*, p.43.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.417.

Igualmente, necessária a correspondência do motivo existente que embasou o ato com o motivo previsto na lei. Exige-se a compatibilidade entre o motivo declarado para a prática do ato e o evento que efetivamente ocorreu, devido à situação abstrata definida pela lei, denominada motivo legal.

O último aspecto para a legalidade do motivo é a congruência entre o motivo existente e declarado no momento da realização do ato e o resultado prático desse ato, que consiste na soma do objeto com a finalidade do ato.

Os vícios no ato administrativo quanto ao motivo decorrem da ausência de um ou mais de um desses aspectos, ou seja, a inexistência do fato necessário à sua emanção, a inexistência de norma jurídica que ampare sua prática ou a inadequação entre os pressupostos invocados e a finalidade do ato.

O primeiro vício acima apontado, qual seja, a invocação de motivos de fato falsos ou inexistentes viciam o ato, segundo proposto pela teoria dos motivos determinantes.

A teoria dos motivos determinantes, desenvolvida na França por Gaston Jèze, foi acolhida pela doutrina pátria.

Segundo Irene Patrícia Nohara, pela teoria dos motivos determinantes, a motivação do ato importa sua vinculação, de sorte que se o agente indica os motivos de sua decisão, mesmo que a lei não o obrigue a assim proceder, o ato apenas será válido se os motivos realmente existirem e justificarem sua expedição¹¹⁴.

Em determinadas hipóteses que se admite a discricionariedade, ao se motivar o ato, pela narração e exteriorização dos pressupostos fáticos, a validade do ato passa a se vincular à veracidade dos motivos alegados. Logo, o ato é passível de ser anulado se os motivos alegados forem materialmente falsos ou insubsistentes, o que, em última análise, perpassa pelo exame da finalidade e do interesse público.

Um exemplo a ser citado é o caso de exoneração *ad nutum* de ocupante de cargo de provimento em comissão, em que não se exige a motivação do ato.

Ocorre que, se a autoridade exonerar um servidor *ad nutum* e expuser o motivo, alegando limite de despesa de pessoal, não poderá nomear outro funcionário para a mesma

¹¹⁴ NOHARA, Irene Patrícia, *op. cit.*, p.79.

vaga, uma vez que a validade do novo ato se vincula aos motivos indicados como fundamento do anterior. Nesse caso, o segundo ato pode ser invalidado por inexistência do motivo alegado.

Corolário do motivo, decorre a motivação do ato. Wallace Paiva Martins Junior preleciona que motivação é formalidade do ato consistente no dever de indicação dos pressupostos de direito e fato determinantes da decisão e do material envolvido no processo administrativo¹¹⁵.

Motivação consiste na exposição dos motivos, na qual são enunciados a regra de direito habilitante, os fatos em que o agente se ancorou para decidir e a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado¹¹⁶.

A motivação demanda um cotejo entre o motivo, o resultado do ato e a lei, ao demandar da Administração o dever de justificar seus atos, seja pelo apontamento dos fundamentos de fato e de direito, seja pela correlação lógica entre a ocorrência desses fatos e o ato praticado, o que reflete a compatibilidade da conduta com a lei.

Vladimir da Rocha França defende que a motivação integra a formalização do ato, pois se trata do discurso que oferece ao destinatário do ato administrativo e à coletividade os aspectos jurídicos e fáticos que conferem legitimidade à decisão administrativa no caso concreto¹¹⁷.

Apontado como pressuposto de validade formalístico, a formalização é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado, devendo obedecer às exigências legais. Nesse sentido, a motivação do ato é importante requisito de sua formalização¹¹⁸.

Por meio da motivação, a autoridade administrativa exerce a tarefa de concatenar elementos jurídicos e fáticos relevantes e pertinentes para desenvolver uma argumentação apta a convencer a comunidade jurídica e o destinatário do ato sobre a validade e oportunidade deste.

¹¹⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *A motivação e a lei do processo administrativo*, in *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9,784/99*, organizadores Irene Patrícia Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.281.

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.408.

¹¹⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 18. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 95-96.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.419-420.

Quanto à complexidade da motivação, há que se ponderar que quanto maior o impacto do ato na esfera de direitos individuais do administrador, maior a necessidade de uma fundamentação densa desse ato jurídico¹¹⁹.

Existe uma íntima correlação entre motivação e motivo, porém há distinção entre ambos. Este compreende o evento jurídico ou situação fática que justifica a ação administrativa. Aquela é o relato da situação material em cotejo com os fundamentos jurídicos.

A motivação viabiliza o controle do motivo do ato administrativo e desempenha papel de requisito seriedade e de validade do ato¹²⁰.

Motivação não se confunde com o motivo legal. O motivo legal consiste na norma jurídica ou no conjunto destas que subsidiam a expedição do ato administrativo. Por outro lado, a motivação é a indicação expressa desse complexo normativo¹²¹.

Em determinadas situações, é possível que basta a ocorrência do fato jurídico e a indicação do motivo legal para uma motivação válida. É o que ocorre, por exemplo, em caso de lavratura de auto de infração ambiental, em que se indica a situação fática e o dispositivo legal transgredido, o que por si só configura a motivação da infração aplicada.

No entanto, em diversas hipóteses, a subsunção entre a regra jurídica e o evento não se dá pela mera leitura do enunciado do fato e da norma. Afigura-se imprescindível a exposição do enquadramento do evento às normativas gerais e a elucidação do porquê houve a prolação do ato ou da eventual negativa de pedido administrativo, à luz das minúcias do caso concreto.

Cabe analisar se há obrigatoriedade ou dever de motivação do ato administrativo.

O dever de motivação é extraído dos princípios do processo administrativo, previstos no artigo 5º, inciso XLV a XLVII, LIII a LVI, LX da Constituição Federal.

No direito brasileiro, a Lei nº 9.784/99 trouxe a obrigatoriedade do dever de motivar (artigo 2º, parágrafo único, inciso VII¹²² e artigo 50¹²³), realçando a motivação como condição de validade de diversos atos.

¹¹⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op. cit.*, p. 96.

¹²⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, *op. cit.*, p.282.

¹²¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op. cit.*, p. 98.

Para Valdimir Rocha, o dever de motivação decorre de um princípio que integra o regime jurídico-administrativo, qual seja, o princípio da motivação¹²⁴, extraído da própria Constituição Federal.

O texto constitucional, portanto, estabelece a exigência de motivação de forma implícita em diversos dispositivos, inclusive como alicerce do ordenamento jurídico, a exemplo do artigo 1º, inciso II, que reconhece como fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania e atribui ao povo a titularidade do poder.

Como exercício legítimo da cidadania, é próprio que o titular desse poder estatal tenha conhecimento das razões justificantes dos mais diversos atos praticados por seus representantes, quais sejam, os atos administrativos.

O Estado Democrático de Direito delinea que as autoridades expeçam atos e materializem decisões consentâneas com os parâmetros axiológicos e teleológicos da ordem constitucional, o que pressupõe a justificação do exercício das competências administrativas.

Elencado como direito fundamental está o direito de informação, previsto no artigo 5º, inciso XXXIII. No mesmo sentido, o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *b*, garante a obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

O dever de motivação do ato é, assim, um limitador das prerrogativas conferidas à Administração Pública pelo regime jurídico administrativo, revelando-se indispensável para

¹²² Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

¹²³ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

¹²⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op. cit.*, p 99.

que o administrado possa tomar conhecimento das razões da ação administrativa e contraditá-las.

De igual modo, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao assegurar a análise pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão traz implicitamente a necessidade de se viabilizar esse controle mediante a exposição das razões do ato. O juiz só poderá avaliar se o administrador obedeceu às regras legais e aos princípios constitucionais se ele exerceu a motivação de forma escoreita.

Não há óbice para que o artigo 93, inciso X, da Constituição Federal seja aplicado por analogia à Administração Pública. Considerando que o Poder Judiciário pratica atos administrativos no exercício de sua função atípica e deve motivá-los, também assim devem agir os administradores públicos que exercem tipicamente a função de administrar.

Logo, a obrigatoriedade de fundamentação do ato reforça o princípio da separação de poderes, pois permite um controle eficaz pelo judiciário e também pelo legislativo da atividade administrativa.

Outro aspecto relevante que subsidia o dever de motivação reside na função de prevenir a quebra do princípio da impessoalidade.

A obrigação de expor os fundamentos da decisão nos atos discricionários, nos quais existe um juízo de oportunidade, enseja a demonstração de que a Administração procurou atender ao interesse público¹²⁵.

A motivação prestigia a isonomia, ao propiciar que a autoridade administrativa defira pedidos a requerentes em situações similares ou indefira pleitos semelhantes, expondo racionalmente a situação distintiva que fundamenta a denegação, a denotar a imparcialidade no contexto do ato.

Portanto, a exigibilidade do dever de motivar não decorre apenas da lei (Lei nº 9.784/99), mas também das finalidades do instituto à luz dos princípios jurídicos que inspirar o Estado Democrático de Direito (legalidade, controle, transparência)¹²⁶.

¹²⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op.cit*, p.104.

¹²⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, *op. cit*, p.286.

O dispositivo do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, além de preconizar a motivação como princípio, enuncia diversos casos em que a motivação é obrigatória¹²⁷.

O citado dispositivo legal menciona como obrigatória a motivação em caso de atos que restrinjam a esfera jurídica do administrado.

Restringir a esfera jurídica do administrativo significa a negação, limitação ou extinção de direitos individuais, como também a imposição ou agravamento de deveres, encargos ou sanções. De igual modo, abrange a denegação ou compressão de interesses individuais.

Quanto aos interesses ou direitos afetados, a lei não distingue se seriam apenas interesses individuais ou também os interesses (ou direitos) difusos e coletivos.

Interesses ou direitos difusos possuem natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato¹²⁸.

Os interesses coletivos são aqueles de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base¹²⁹.

A partir de uma interpretação sistêmica da Lei nº 9.784/99, é possível concluir que, ao mencionar “direitos” e “interesses” sem qualquer adjetivação, o artigo 50, inciso I, da mesma lei se refere não apenas a direitos individuais, mas também a interesses difusos ou coletivos.

De fato, o artigo 9º, inciso I, da Lei nº 9.784/99 dispõe que são legitimadas como interessadas no processo administrativo pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação.

Ainda, os incisos III e IV do mesmo artigo legal preveem que são legitimadas como interessadas as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos, bem como as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

¹²⁷ NOHARA, Irene Patrícia, *op. cit.*, p.68.

¹²⁸ Artigo 81, parágrafo único, inciso I, Lei nº 8.078/90.

¹²⁹ Artigo 81, parágrafo único, inciso II, Lei nº 8.078/90.

Portanto, se as pessoas jurídicas, organizações e associações são legitimadas para fins de pleitear interesses em processos administrativos, a motivação dos atos administrativos que afetem ou restrinjam diretamente os direitos ou interesses difusos ou coletivos por eles alcançados devem ser motivados.

Imperioso ponderar se os atos ampliativos estariam sujeitos à necessidade de motivação, pois, em verdade, geram benefícios ao administrado.

Para Vladimir França, ainda que o ato administrativo seja ampliativo, isto é, que implique a outorga de direitos ou a satisfação de interesses individuais, é imposto o dever de motivação caso a decisão possa atingir direitos difusos e coletivos¹³⁰.

Isso porque, segundo o autor, um ato administrativo ampliativo de direito individual pode se apresentar como restritivo diante de direitos (ou interesses) coletivos ou difusos, enquadrando-se na hipótese do artigo 50, inciso I, da Lei nº 9.784/99.

Contudo, ainda que o ato ampliativo na esfera individual não atinja direitos difusos e coletivos, sustenta-se a obrigatoriedade de motivação.

A motivação de ato ampliativo revela-se um poderoso instrumento para fulminar provimentos expedidos pela Administração Pública que geram benefícios incompatíveis com os princípios da moralidade e da impessoalidade¹³¹.

Nesses casos, ao expor os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão, a motivação delinea objetivamente os parâmetros de expedição do ato e resguarda que indivíduos em situações semelhantes sejam tratados de forma isonômica, o que contempla a impessoalidade e a moralidade pela Administração Pública.

A motivação de atos que imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções para o administrado é corolário do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Nessas hipóteses de imposição de deveres ao administrado, a motivação tem por finalidade que o administrado possa: identificar o interesse público que serviu de diretriz para a ação administrativa; estar ciente das normas jurídicas e dos eventos que determinaram para

¹³⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op. cit.*, p.112.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.492-493.

a Administração a obrigação ou a faculdade de instituir (ou agravar) o dever administrativo no caso concreto; aferir a razoabilidade da medida adotada pela Administração¹³².

Outro grupo de atos administrativos que reclamam motivação é o que abrange processos administrativos concorrenciais, nos quais há competitividade.

O artigo 50, incisos III e IV, da Lei nº 9.784/99 determina que devem ser motivados os atos que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública, e os que dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório.

Os fundamentos da exigibilidade da motivação residem nos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Podem-se citar como exemplos de processos concorrenciais a realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos, bem como a realização de licitação para contratação de obras e serviços.

Os processos concorrenciais viabilizam a competição, ou seja, o acesso a todos os interessados a participarem da concorrência em igualdade de condições, e permitem que a Administração selecione a proposta mais vantajosa.

A Constituição Federal acolheu a presunção de que a realização de prévia licitação produz a melhor contratação, pois assegura a maior vantagem possível à Administração Pública.

Não obstante a licitação seja regra para as contratações públicas, o próprio texto constitucional admite a dispensa e a inexigibilidade de licitação como medidas de exceção, pois o artigo 37, inciso XXI, ressalva a contratação direta nos casos específicos previstos em lei.

Quando a Administração dispensa ou declara inexigível a licitação, deve demonstrar os pressupostos de fato e de direito justificadores da ausência de competição como medida em prol do interesse público¹³³.

¹³² FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op.cit.*, p.113-114.

¹³³ *Ibidem*, p.116.

Exige-se a motivação em decisão de recursos administrativos. O direito de petição e de ampla defesa do administrado é extraído do próprio texto constitucional, no artigo 5º, incisos XXXIV e LIV.

O recurso administrativo pressupõe uma decisão no bojo de um procedimento em que houve contraditório e ampla defesa.

A motivação no recurso administrativo é um exercício da apreciação da pretensão recursal do administrado, o que viabiliza o controle judicial do ato, notadamente pela possibilidade de *reformatio in pejus* em sede de recurso administrativo.

Outra categoria de atos administrativos que exige fundamentação é o reexame de ofício.

No reexame de ofício, existe um ato administrativo favorável ao direito ou interesse individual do administrado, cuja eficácia demanda a apreciação pela autoridade administrativa superior àquela que proferiu a decisão. Por exigência legal, é imprescindível a motivação.

De igual modo, devem ser motivados atos que deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais.

O pressuposto da fundamentação nessa hipótese é assegurar a segurança jurídica, uma vez que a Administração deve demonstrar as razões que levam à rejeição de posições proferidas em outras decisões judiciais ou administrativas em situações semelhantes.

Existe obrigatoriedade de fundamentação, ainda, em casos de invalidação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Invalidação é a retirada do ato administrativo em razão de ausência de requisito de validade.

Convalidação significa a correção pela Administração Pública, antes da impugnação, ou pelo particular, de ato anulável e sanável, pela prática de um novo ato, ao se constatar que não haverá prejuízo à própria Administração e ao interesse pública, tampouco a terceiros. A

convalidação pode ser feita pela mesma autoridade que prolatou o primeiro ato, o que se denomina ratificação, ou por outra autoridade, o que se chama confirmação¹³⁴.

A essencialidade de motivação sobressai para que o administrado, o destinatário da decisão e a comunidade jurídica compreendam a necessidade de invalidação ou convalidação do ato viciado.

Pela revogação, um ato inconveniente ou inoportuno para o interesse público é expurgado do sistema do direito positivo.

A suspensão do ato consiste na suspensão da eficácia do ato administrativo ou do impedimento de seus efeitos jurídicos, em virtude de uma circunstância de urgência ou de risco iminente.

De forma semelhante, a obrigatoriedade da motivação reside em aclarar os fundamentos fáticos e jurídicos do interesse público a ser resguardado pelo ato convalidado ou suspenso, bem como expor a legalidade da medida, em especial dando-se ciência ao destinatário do ato.

A exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato ou anterior a ela é, portanto, uma regra geral¹³⁵. Ainda que o ato não esteja previsto no artigo 50 da Lei nº 9.784/99 existe o dever de motivar.

Embora a motivação seja regra e contemple a maioria dos atos administrativos, conforme acima exposto, há exceções ao dever de motivação.

Primeiramente, deve-se pontuar que a obrigatoriedade da motivação escapa à questão se o ato é vinculado ou discricionário, em razão de constituir formalidade essencial para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Com efeito, o dever de motivação do ato está calcado nos mandamentos legais e nos valores que ela envolve.

A motivação no ato discricionário tem relevância por demonstrar as razões pelas quais a solução escolhida foi a mais adequada, necessária e razoável em detrimento das demais.

¹³⁴ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Processo administrativo: Lei 9.784/99*. São Paulo: Thomas Reuters, 2019, p.249.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.410.

Não obstante, será dispensável a motivação em ato discricionário quando o conteúdo do ato não afetar direitos individuais, difusos ou coletivos. É o que ocorre em caso de nomeação de ocupante de cargo de provimento em comissão.

É dispensável a motivação em atos vinculados que contenham de forma clara os seus fundamentos, tratando-se de atos de conteúdo e prática obrigatórios, e que os atos disponham de motivo incontroverso. A exemplo, cite-se a designação de tarefas para um servidor por seu superior hierárquico.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, veda expressamente à Administração a prestação de informações relativas à segurança da sociedade e do Estado.

Existe posição doutrinária de que essa proibição constitucional inviabiliza totalmente o dever de motivação dos atos administrativos que tratem de assuntos de segurança nacional. Ainda assim, por esse entendimento, a motivação deve ser expedida, com restrições à publicidade, quando não for incompatível com o interesse público e envolver direitos individuais¹³⁶.

Em que pese a posição acima exposta, entende que a motivação será necessária pela própria relevância do ato emanado, que abrange questões de segurança nacionais, a fim de se evitar arbitrariedades, mantendo-se o sigilo e a restrição da publicidade do ato.

No mesmo sentido, questões ligadas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa carecem de fundamentação, ainda que revestidas de inviolabilidade constitucional e de vedação de publicidade.

Em determinados casos, a fundamentação do ato pode ser postergada. É o que ocorre em situações de emergência, quando, primando-se pelo princípio da eficiência, a utilidade e a urgência da medida pressupõem a expedição do ato. Nessas hipóteses, a despeito da ausência de uma fundamentação contemporânea ao provimento, a Administração é posteriormente compelida a expor os fundamentos de sua ação.

A princípio, atos orais dispensam motivação, exceto se houver obrigatoriedade de sua redução em termo escrito. As decisões de órgãos colegiados e comissões, mesmo orais, são transcritas e, por isso, motivadas (artigo 50, §3º, da Lei nº 9.784/99).

¹³⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op.cit*, p.124-125.

Por fim, cabe analisar o silêncio da Administração. Num primeiro aspecto, necessário definir que a omissão administrativa não gera nenhum efeito prescrito. A omissão do administrador tem efeito jurídico de indeferimento do pedido do interessado.

Diante da inércia da Administração, o interessado pode recorrer ao Poder Judiciário para que determine à Administração a se pronunciar e a motivar o ato omissivo, fixando-se um prazo, caso se tratar de ato discricionário¹³⁷.

Se o ato for vinculado, tendo o interessado preenchido os requisitos legais, o Poder Judiciário pode suprir a omissão administrativa e assegurar o direito ao interessado¹³⁸.

Por fim, o Poder Judiciário pode expedir um provimento que imponha à Administração a satisfação do interesse do administrado, caso se tratar de omissão desprovida de qualquer razoabilidade.

2.2. Requisitos da motivação

A motivação é a exposição dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão (artigo 2º, inciso VII, Lei nº 9.784/99).

Para que o ato seja motivado, necessário que a exposição seja suficiente para albergar todos os elementos que justificaram sua expedição.

No ato vinculado, a motivação poderá se cingir à descrição do evento jurídico e à indicação da norma jurídica que subsidiou a decisão, caso se trate de um ato mais simples. Tratando-se de um caso mais complexo, a motivação deve elucidar como ocorreu a subsunção para se aplicar o dispositivo legal¹³⁹.

Nos atos discricionários, além dos requisitos acima citados, a autoridade administrativa deve expor a satisfação do interesse público objetivado com a prolação do ato e ainda a sua causa.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p.424.

¹³⁸ *Ibidem*, p.424.

¹³⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op. cit.*, p.129

O artigo 50, §1º, da Lei nº 9.784/99 prevê que a motivação deve ser clara, explícita e congruente.

A motivação exige a observância de alguns requisitos genéricos (explicitação, clareza, congruência com graus adequados de certeza e segurança para viabilizar seus fins).

Além disso, há hipóteses que demandam requisitos específicos, diante de particularidades previstas em determinadas regras jurídicas, a exemplo dos artigos 128 e parágrafo único e 165, §§1º e 2º, 168 da Lei 8.112/90 (sanções disciplinares), artigo 169, §§4º a 7º, da Constituição Federal (exoneração de servidores estáveis para contenção de despesas com pessoal) e artigo 41, inciso III, da Constituição Federal (demissão de servidores estáveis por insuficiência de desempenho)¹⁴⁰.

A motivação deve resultar numa avaliação de todos os interesses envolvidos âmbito de uma decisão administrativa e refletir uma ponderada opção fundada sobre os documentos e provas fornecidos pela instrução precedente inspirada pelos princípios da objetividade e da proporcionalidade.

Nesse contexto, a explicitação representa a evidenciação das particularidades relevantes da decisão, o material de ponderação e a própria ponderação.

Não existe motivação implícita, de sorte de um ato será motivado quando houver a exteriorização da formal dos pressupostos fáticos e jurídicos em proposições que justifiquem o ato perante o direito positivo¹⁴¹.

A motivação pode inclusive ser singela e sucinta, notadamente nos atos vinculados, que traduzem aplicação quase automática da lei. Porém, ainda assim, exige-se a explanação, pois singeleza e concisão, todavia, não significam motivação implícita; a explicitação é requisito legal da suficiência (artigo 50, §1º, Lei 9.784/99)¹⁴².

Clareza traduz a transmissão completa do conhecimento do processo lógico e jurídico condutor da decisão. Os enunciados não podem ser obscuros, confusos ou dúbios, tampouco lacunosos de forma a impedir o intérprete de identificar os fundamentos do ato.

¹⁴⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, *op. cit.*, p.292.

¹⁴¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op. cit.*, p.130.

¹⁴² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, *op. cit.*, p.293.

A clareza relaciona-se com a coerência entre os elementos invocados e os pressupostos da decisão. Por isso, expressões ambíguas e vagas deem ser refutadas.

Por seu turno, congruência é a qualidade da decisão como conclusão lógica e necessária dos motivos invocados entre si e face a própria decisão. Relaciona-se, portanto, com a racionalidade da declaração embasadora do ato ao expor a pertinência entre a fundamentação e o conteúdo do ato.

A motivação suficiente tem a clareza e a congruência nas premissas de fato e de direito. Traz, ainda, o embasamento do juízo valorativo, a exposição das finalidades perseguidas pela decisão tomada, mediante ponderação reflexiva, correlacional, imparcial, objetiva e racional das situações constatadas, dos preceitos normativos aplicáveis, dos resultados e dos interesses da Administração Pública.

A suficiência demanda a efetiva referência às circunstâncias e peculiaridades do caso concreto e não apenas a repetição do dispositivo legal ou do uso de expressões vagas, genéricas ou ambíguas.

Não raro, vê-se que o administrador se utiliza da simples repetição de textos legais, da menção de conceitos jurídicos indeterminados, da transcrição de trechos de doutrinadores de renome ou da simples indicação das razões fáticas ou jurídicas sem subsunção ao caso concreto.

Trata-se, por óbvio, de um subterfúgio para pretense preenchimento da motivação, porém não a satisfaz.

Deve-se ponderar que não é qualquer obscuridade ou incongruência que macula a fundamentação do ato. A falta de clareza ou de congruência e, logo, de motivação abrange vícios de elementos que sejam decisivos ou nucleares à decisão.

A motivação deve, ainda, ser contemporânea ao ato administrativo. Como bem ensinam Paulo Carmona e Sandro Lúcio Dezan, não se pode falar em motivação após a prática do ato, tampouco após a impugnação para anulação do ato pelo sujeito interessado¹⁴³.

A contemporaneidade da motivação reflete a veracidade dos argumentos esposados pela autoridade administrativa e proporciona o conhecimento pelos administrados. Além

¹⁴³ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, *op. cit.*, p.100.

disso, confere uniformidade do ato administrativo, ao refletir, o liame entre o conteúdo do ato e as suas razões para o administrado.

A Lei 9.784/99 admite a motivação *aliunde* de maneira facultativa e subsidiária, quando se adota o fundamento de pareceres, decisões, informações ou propostas, por referência expressa, como integrante do ato, segundo artigo 50, §1º, segunda parte.

Contudo, é necessário que os instrumentos dos pareceres, informações, decisões ou propostas que foram aprovados pela autoridade administrativa componham o instrumento do ato. A depender da complexidade do caso concreto, será necessário que o prolator do ato exponha as razões de concordância com esses elementos¹⁴⁴.

Como requisito formal e extrínseco da motivação, deve-se mencionar ainda a publicidade.

A publicidade e a motivação estão intimamente conectadas como instrumentos necessários à transparência. Com efeito, a publicidade é uma garantia ao administrado por assegurar o direito de conhecer as decisões proferidas.

A publicidade é também um mandamento constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXXIII, e no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal¹⁴⁵.

Ainda, a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) regulou o direito de acesso da pessoa particular a dados da Administração Pública, sobre qualquer assunto processual ou material, ressalvados os protegidos por sigilo.

Estão subordinados ao regime da lei citada “os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público” (artigo 1º, parágrafo único, inciso I), o que reforça o dever de publicidade da Administração Pública.

¹⁴⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *op. cit.*, p133.

¹⁴⁵ Artigo 5º

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

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

Igualmente, na Lei nº 9.784/99, a publicidade foi contemplada como princípio a ser seguido pela Administração Pública (artigo 2º, *caput*).

Diante do direito do administrado de acesso ao processo administrativo, com as prerrogativas constantes do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/99 (tais como, vista, cópia), inclusive a prerrogativa de conhecer as decisões proferidas, é a publicidade mecanismo para que aquele obtenha o conteúdo discursivo da decisão¹⁴⁶.

No âmbito do processo administrativo, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ressaltam que, salvo as ressalvas estabelecidas e as decorrentes de razões de ordem lógica, o processo administrativo deve ser público, acessível ao público – ao público em geral e não apenas às partes diretamente envolvidas. Salvo determinação regular de tramitação sigilosa, nada pode impedir a vista de autos ou mesmo a obtenção de certidões¹⁴⁷.

Desse modo, a publicidade, ao mesmo tempo que é um princípio do ordenamento, assume o caráter de “regra jurídica” diante da exigência de publicação do comportamento do órgão público, por meio de publicação pelo órgão oficial de imprensa ou por comunicação direta ao interessado, conforme preceitua a Lei nº 9.784/99¹⁴⁸.

Quanto à intrínseca correlação entre motivação e publicidade, cabe pontuar que de nada serviria motivar de forma sigilosa, secreta ou reservada, uma vez que a Administração Pública deve expor os fundamentos fáticos e jurídicos de seus atos para tornar os atos e suas motivações conhecidos por todos, como corolário do Estado Democrático do Direito¹⁴⁹.

O acesso à informação dá aos cidadãos controle democrático sobre o trabalho das autoridades, facilitando a descoberta de diferentes formas de irregularidades, atos ilegais e corrupção. Ao mesmo tempo, confere aos cidadãos os recursos políticos suficientes para lhes permitir participar de maneira plena, como cidadãos iguais (com igual acesso aos dados e informes públicos), da tomada de todas as decisões coletivas às quais estão obrigados¹⁵⁰.

¹⁴⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, *op. cit.*, p.295.

¹⁴⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 84.

¹⁴⁸ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O princípio constitucional da publicidade e propaganda do Governo*. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV - nº 4, p. 64/76, 2007

¹⁴⁹ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, *op. cit.*, p.101.

¹⁵⁰ RODRIGUES, João Gaspar. *Publicidade, transparência e abertura na administração pública*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89/23, maio/ago 2014.

2.3. Bases principiológicas da decisão administrativa

O dever de decidir é ínsito à Administração Pública, tanto no exercício de sua função típica de executar, quanto na função atípica de julgar. Ainda que o texto normativo prescreva condutas a serem seguidas e fielmente executadas pelo administrador, o cumprimento de seu mister pressupõe decisões, desde mais simples, como nomeação de cargos públicos, até as mais complexas, como escolhas alocativas orçamentárias.

Ao exercer atipicamente função de julgar, resulta ainda mais clara a necessidade de proferir decisões para julgamento de pedidos, de procedimentos disciplinares, de apreciação de recursos.

Decidir significa fazer opções, escolhas; significa pôr fim ao caminho lógico volitivo que conduz à formulação de uma proposta ou modelo de ação¹⁵¹.

Decisão administrativa, na definição de Luis Filipe Colaço, é a manifestação da vontade administrativa dirigida a empreender uma ação pela entidade decidente, articuladamente, no procedimento, que visa a realizar a finalidade posta pela lei, qual seja, o interesse público primário¹⁵².

As decisões administrativas podem ser classificadas como estruturadas e não estruturadas.

A decisão não estruturada ou não programada seria aquela em que a Administração não dispõe de um ou mais programas prévios para atendê-la. A questão tratada não é solucionada por um método prefixado, seja porque o problema nunca tenha sido apresentado antes, seja porque sua natureza e estruturas são complexas, ou ainda porque merece tratamento específico devido a seu grau de importância¹⁵³.

As decisões não estruturadas são mais raras no âmbito da Administração Pública, diante da submissão ao princípio da legalidade.

¹⁵¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2015, p.83.

¹⁵² *Ibidem*, p. 103-104.

¹⁵³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Dever de decidir*. In NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs.). *Processo administrativo temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011, p.15.

Com efeito, não dispondo a lei ou ato normativo de método específico para enfrentar determinada situação, a decisão não programada emerge da faixa de discricionariedade do administrador.

As decisões estruturadas ou programadas, regra na Administração, são aquelas com programas e atos previamente traçados pela legislação, visando a resultados específicos.

O dever decisório da Administração Pública tem fundamento basilar constitucional.

Os parâmetros da decisão administrativa repousam nos princípios regentes da Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Sob o prisma do direito do administrado, o dever de decisão é consequência lógica do direito de petição e representação, e do direito de duração razoável do processo, previstos no artigo 5º, incisos XXXIV e LXXVIII, da Carta Magna.

A decisão administrativa é pautada por princípios informadores, que regem a própria atuação administrativa.

Num primeiro aspecto, imperioso ponderar a relevância do princípio da boa-fé por toda a atividade administrativa, passando pelos requisitos de validade do ato, por sua fundamentação do ato e pela legalidade da decisão emanada.

O princípio da boa-fé não se resume ao dever da Administração em buscar o interesse público, porém importa na valorização de participação dos cidadãos no procedimento administrativo. Diante desse viés, sobressai a configuração da Administração como parte imparcial que tem o dever de observar os direitos e interesses manifestados no procedimento para justa realização do interesse público¹⁵⁴.

Dentre os princípios informadores da decisão administrativa, cabe citar o princípio do interesse público. Trata-se de um princípio intimamente ligado ao princípio da finalidade pública.

A noção de que o interesse público é a busca do bem comum da coletividade merece uma releitura, diante da vagueza desse sentido.

¹⁵⁴ ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *op. cit.*, p.111.

Logo, o interesse público, numa acepção material, pode ser entendido como o dever de a Administração Pública concretizar direitos fundamentais¹⁵⁵.

Aplicável à Administração, o princípio da razoabilidade propõe a adequação entre os motivos, os fins e os meios para o alcance do interesse do corpo social e, para o administrador, da consecução do interesse público, seja por normas, seja por atos concretos e materiais¹⁵⁶.

O princípio em questão pretende adequar a atividade administrativa aos limites da lei, racionalizá-los, com o objetivo de se obter um resultado aceitável, justificável em sua coerência decisional.

A par da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade configura um meio adequado e apto para solucionar conflitos. Por um lado, visa a limitar e a controlar as condutas da Administração Pública, que tendem a restringir ou a aniquilar direitos fundamentais. De outro lado, diante do caso concreto, serve de supedâneo ao administrador público na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, para que sua decisão seja não mais que ótima¹⁵⁷.

O princípio da proporcionalidade auxilia e fornece diretrizes para que o gestor público busque a finalidade legal em suas decisões, o que não afasta a possibilidade de a decisão ser levada a crivo judicial quando um direito ou uma garantia fundamental for ameaçada ou violada.

Outro princípio basilar do agir administrativo é o princípio da eficiência. Trata-se de uma prescrição para que a Administração e seus servidores não apenas cumpram o que está determinado em lei, mas que ajam de forma a obter o melhor resultado, o resultado ótimo para o caso concreto¹⁵⁸.

A proporcionalidade e a eficiência possuem similaridades, pois visam à concreção da finalidade pública, mas guardam diferenças ontológicas.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Editora RT/Thomson Reuters, 2013, p.158.

¹⁵⁶ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, *op.cit*, p.105/106.

¹⁵⁷ SILVA, Mário Henrique Malaquias da. *O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1, p. 236.

¹⁵⁸ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, *op. cit*, p.125.

O princípio da proporcionalidade possui uma função instrumental em relação ao princípio da eficiência. O primeiro tem um aspecto formal, pois implica no desenvolvimento de um procedimento proporcional para que a eficiência, de cunho material, desempenhe a busca do resultado almejado pela Administração¹⁵⁹.

Por fim, cabe citar o princípio da moralidade como dever do agir administrativo.

O princípio em comento, já analisado neste trabalho, não se refere à moral comum, individual ou social, nem é calcado em um ideal de justiça consubstanciado em convicções pessoais. Trata-se de uma moral jurídica.

A moralidade administrativa implica num dever de vinculação a uma moralidade especial, qualificada, para que sejam voluntariamente transparentes todas as razões de ética, de decoro, de boa-fé, de publicidade e de clareza para a prolação de decisões e tomadas de ações¹⁶⁰.

2.4. Processo administrativo e motivação externa do ato administrativo

O dever de fundamentação pode ser observado sob a dimensão formal e a dimensão material. A dimensão formal consiste na apresentação dos pressupostos de fato e de direito, com a exposição de fundamentos possíveis ou de motivos coerentes. A fundamentação substancial demanda a existência de pressupostos reais e de motivos concretos que dão suporte a uma decisão legítima.

Atentando-se para a dimensão substancial, é necessário ponderar que os pressupostos são analisados, em geral, pelo caso concreto apresentado. Contudo, além dessa análise casuística, importará na exposição de valores que embasam a decisão ou a prolação do ato.

O âmbito da declaração fundamentadora pressupõe a busca de um conteúdo adequado, que se mostra suficiente para embasar formalmente da decisão administrativa. O conteúdo da fundamentação não exige necessariamente um modelo único ou tipos limitados,

¹⁵⁹ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, *op. cit.*, p.113.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.115.

pois depende de fatores múltiplos, diversos e interativos. É variável conforme a matéria, notadamente com a situação concreta no contexto e com os interesses públicos e privados relevantes para a decisão¹⁶¹.

Relevante ressaltar que a declaração do ato administrativo deve ser compreensível, não apenas para os órgãos de controle, mas também para um destinatário normal ou razoável. Ou seja, a fundamentação do ato deve expressar razões de fato e de direito aptos a cognoscibilidade do interessado, eventualmente requerente, ou de uma pessoa normal, que capte o itinerário valorativo do prolator do ato.

Na extensão do conteúdo que fundamenta o ato, é possível conceber uma diferença entre justificação e motivação.

A justificação pressupõe as indicações normativas, verificações e avaliações relativas às circunstâncias definidas em lei como pressupostos do agir administrativo. As referências aos fatos relevantes, à determinação das alternativas e à ponderação de interesses que funcionam como motivos de escolha do conteúdo do ato, quando este não seja determinado pela lei, configuram a motivação¹⁶².

Quanto à justificação, o agente prolator do ato deve fazer referência a todos os pressupostos legais, mostrando no seu entender a correspondência das circunstâncias fáticas ao quadro legal. A motivação demanda uma argumentação corrente que culmina na decisão, cuja suficiência se revela no apontamento de critérios idôneos a determinar o conteúdo.

No exercício do dever constitucional da fundamentação, esta tem a finalidade não apenas de controlar o ato e de expor os motivos do agir administrativo. Deve o administrador, também, apreciar elementos externos da atuação administrativa em si, mediante a valoração de direitos ou interesses legítimos dos particulares.

Luís Felipe Colaço Antunes sustenta a conjugação da fundamentação em sentido formal com um entendimento substancial do procedimento, com atenção à instrução do

¹⁶¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever de fundamentação expressa do acto administrativo*. Lisboa: Almedina, 2007, p.240-241.

¹⁶² *Ibidem*, p.251.

procedimento administrativo, de forma a permitir a tutela do particular, mas também a busca do interesse público¹⁶³.

Com isso, busca-se garantir transparência e correção da escolha administrativa, com observância efetiva da participação do administrado no procedimento.

Nesse sentido, a decisão administrativa não se mostra formalmente autônoma ou meramente volitiva do sujeito prolator. Porém, é um exercício coerente do desenvolvimento do procedimento, após análise das manifestações presentes no procedimento, tais como pareceres, laudos técnicos, observações manifestadas por entidades públicas ou particulares.

Os atos administrativos que compõem um procedimento e, conseqüentemente, a decisão administrativa declaratória da vontade estatal deduzida do procedimento representam a materialização da ação e da linguagem do agente emissor para fins de aferição do dolo em caso de improbidade administrativa.

De fato, a Administração Pública age ou se expressa por meio de seus agentes. Estes, por seu turno, promovem as ações necessárias à consecução de suas atividades por atos.

Alguns desses atos são verbais, como ordens ou orientações de uma autoridade a servidores subordinados, ou meramente gestuais e sonoros, como o sinal e o apito do guarda de trânsito.

Porém, em regra, até para que seja conferida formalidade, oponibilidade aos administrados e publicidade, os atos administrativos são escritos.

Diante do dever de motivação, da necessidade de obediência dos requisitos mínimos da fundamentação e da relevância de apreciação de elementos externos (manifestação do administrado, pareceres, laudos), entende-se que esses aspectos consubstanciam a ação e materializam a linguagem do agente público, que podem ser valoradas pelo julgador quando do ato administrativo decorre conduta imputada como ímproba.

Não está a se dizer que somente esses elementos são necessários ou plenamente suficientes para comprovação de improbidade, especialmente no tocante à produção probatória.

¹⁶³ ANTUNES, Luís Felipe Colaço, *op. cit.*, p. 16.

Pelo contrário, há diversos casos em que a análise dos requisitos da motivação do ato, pura e simplesmente, sem outros instrumentos probatórios, torna inócua a imputação de improbidade, fazendo-se necessária quebra de sigilos bancário, telefônico e/ou fiscal, oitiva de testemunhas, ou colaboração premiada de coautores do ilícito.

No entanto, o estudo ora travado se cinge à aferição do elemento subjetivo da improbidade a ser deduzido pela motivação do ato administrativo, aspecto que, por si só, abrange vários casos, face a recorrente omissão no dever de fundamentação ou a prolação de motivos insubsistentes, insuficientes ou inadequados.

À vista do exposto, o ato administrativo deve estar em plena adequação ao sistema normativo que o regulamenta e ter a finalidade voltada sempre à consecução do interesse público.

No exercício e nos limites de sua competência, a prática do ato demanda a exteriorização dos motivos subjacentes.

Entretanto, mesmos presentes os elementos formais do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a compatibilidade entre eles e a lei, é possível a inadequação dos motivos declinados com a finalidade, o que não apenas importa o desvio de finalidade, mas redundando em ato de improbidade.

A pretexto de exercitar competências, quer discricionárias, quer vinculadas, o agente público pode violar a ordem jurídica simplesmente. Pode violá-la, igualmente, em circunstâncias tais que seu agir não se faz apenas inválido, mas ofensivo à moralidade administrativa¹⁶⁴.

Se a violação da ordem jurídica é intencional, o agente, atuando ou não com má-fé, utilizando-se ou não de expedientes escusos, procurando ou não aparentar formalidade, prolata ato inválido, tendo disso consciência, pode incorrer em conduta de improbidade, atribuída pelo cotejo da situação fática e da ausência de harmonia entre a motivação declinada e a finalidade almejada.

¹⁶⁴ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.99.

Como consequência, pelo exame da situação concreta e de seu contexto, é possível, ao menos hipoteticamente, atribuir o dolo por conduta ímproba quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente, ou seja, pela ausência de situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato.

De igual modo, pode ser aferida a existência do elemento subjetivo, na motivação insuficiente, traduzida na exposição que fundamenta a necessidade do ato; na fundamentação inadequada, pela falta de correspondência entre a causa e efeito); na motivação incompatível, pela ausência de adequação com o objeto do ato; e na motivação desproporcional, mediante uma valoração irrazoável dos motivos com resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato.

Identifica-se igualmente dolo quando, mesmo diante da exposição de motivos, o objeto do ato for impossível (o resultado jurídico visado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade fática), desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios).

3. VALORAÇÃO E TEORIA DA LINGUAGEM

Anteriormente, buscou-se assentar as premissas para definição do dolo na improbidade administrativa, afastando-o da má-fé.

Foram debatidos os fundamentos e os requisitos da motivação do ato administrativo, identificadores necessários para aferição do dolo em atos escritos para fins de responsabilização do agente por improbidade.

Avança-se, neste momento, para o estudo da conceituação de dolo elaborada pela doutrina penalista, que exaustivamente se debruçou, e ainda persiste, no debate da questão.

Assim, buscam-se nesse ramo as bases teóricas para definição do elemento subjetivo, que possam ser transpostas para a teoria das improbidades.

Por fim, adotando-se a noção do dolo extraído da seara penal para a improbidade, propõe-se a filosofia da linguagem desenvolvida por Wittgenstein como base epistemológica para apreensão do dolo.

A filosofia da linguagem leva à conclusão que o dolo não é psicológico, ontológico ou um fato, mas a atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, no qual se expressam conhecimento e vontade.

Ao contrário do desejo, o dolo é passível de atribuição porque neste está inserido um compromisso de levar a cabo a ação correspondente e isso se expressa na própria ação e na linguagem. É na ação que se percebe esse dolo.

3.1. Construções sobre o dolo na seara penal

Na doutrina penal, o sistema clássico procurou sistematizar o delito, por meio de observações e descrições da realidade ontológica.

Neste modelo clássico, Franz von Listz dividiu o delito em duas partes, objetiva e subjetiva. A parte objetiva, ou injusto, compunha-se de elementos da ação, tipicidade e antijuridicidade.

A parte subjetiva era composta pela culpabilidade, consistente na vinculação psicológica entre o fato e o resultado. A culpabilidade tinha como formas de manifestação o dolo e a culpa.

O dolo, por seu turno, abrangia o conhecimento das circunstâncias do fato, a vontade de realizar o resultado e a consciência de sua ilicitude.

No sistema clássico, o dolo consistia no vínculo subjetivo entre o autor e o fato delitivo que permitia a imputação do ato¹⁶⁵.

A definição de dolo, por essa teoria, é uma realidade ontológica, um dado psicológico a ser valorado pelo jurista, integrante do estado mental do agente, que exigia a consciência da ilicitude.

Guardava-se semelhança com a concepção de *dolus malus* do Direito romano, pelo qual o dolo penal era expressado pela má intenção do agente, pela vontade antijurídica do agente ou pela vontade de lesionar¹⁶⁶.

Posteriormente, o sistema neoclássico de delito, adotando premissas da filosofia kantiana, propôs uma modificação no método de trabalho em relação ao sistema clássico.

Enquanto o sistema clássico utilizava-se do método de observar e descrever, o sistema neoclássico adotou a metodologia de compreender e valorar.

A estruturação do delito passou a ser composta por elementos ontológicos e valorativos.

Pelo sistema neoclássico, apoiado na teoria desenvolvida por Frank, a culpabilidade, ao invés de expressar apenas a vinculação psicológica entre o fato e o resultado, passou a

¹⁶⁵ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 4ª edição. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editora Reus, 1999, t. II, p. 389.

¹⁶⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia de linguagem*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2010, p.30.

apreender a reprovabilidade do injusto. Tanto o dolo e a culpa, como a imputabilidade passam a ser elementos essenciais da culpabilidade.

Contudo, a culpabilidade permanecia como uma relação psicológica entre autor e fato, porém abrangia características normativas.

Os sistemas clássico e neoclássico foram denominados “sistemas causalistas”.

Tecendo críticas aos sistemas causalistas, Hans Welzel propôs um retorno do Direito Penal ao ontologismo e passou a sustentar que o núcleo central da ação humana era a finalidade, o que deu origem ao sistema finalista.

Welzel propugnava a necessidade de se contextualizar o sentido da ação por sua repercussão no âmbito social, o que seria possível pela prevalência da vontade sobre o resultado obtido pela ação.

Toda ação, ontologicamente, como essência de seu ser, consistiria no agir finalisticamente orientado do autor, em razão de seu conhecimento prévio, que controlaria o curso causal do agir¹⁶⁷.

A ação seria traduzida num comportamento dirigido pela vontade do autor, de modo que o ser humano não age de forma desvinculada da finalidade que persegue. Agir é buscar uma finalidade.

Welzel propôs a divisão do tipo penal em objetivo e subjetivo. Para ele, o dolo e a culpa integravam o estrato da tipicidade, ou seja, o tipo subjetivo.

Na concepção de Welzel, a ideia de dolo, entendido como maldade, passou a ser compreendida como a concretização finalista do injusto.

Outra mudança propugnada foi que o conhecimento da antijuridicidade, pertencente ao dolo segundo os causalistas, passa a integrar o estrato da culpabilidade.

O modelo finalista foi objeto de críticas por autores dos sistemas funcionalistas. Para estes, a teoria do delito deve ser orientada pelo viés da política criminal, notadamente pela teoria dos fins da pena.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.ix.

O funcionalismo foi representado em duas correntes teóricas, o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico.

O funcionalismo teleológico, fundado por Roxin, sustenta que o Direito penal tem por função garantir a proteção a bens jurídicos. Logo, os elementos do conceito de crime devem estar orientados para essa missão do Direito penal.

O Estado, quando impõe uma pena, pretende mostrar que é necessário para alcançar uma convivência social suportável e que esta pena é suficiente em sua severidade, tanto para alcançar intimidação geral quanto para afirmação da Lei e para a conseqüente segurança e confiança dos cidadãos no Estado¹⁶⁸.

A tipicidade é regida por critérios teleológicos, com a função de proteção dos bens jurídicos.

Roxin entende que o dolo está localizado no estrato da tipicidade, consoante pregava a teoria finalista. Contudo, define o dolo como uma decisão a favor da possível lesão a bens jurídicos protegidos.

Propugna que dolo deve ter dois elementos, cognitivo e volitivo, apreendidos numa perspectiva normativa.

Por dolo, entende-se o conhecimento (saber) e vontade (querer) dos elementos do tipo objetivo¹⁶⁹. Porém, acrescenta o elemento teleológico, de modo que só há dolo quando o agente toma uma decisão em favor dos bens jurídicos protegidos.

Exemplifica que, quem subtrai alguma coisa móvel de terceiros, sem intenção de apropriação ilegal, precisamente não pratica o injusto típico de furto, mas comete uma expropriação impune por regra geral¹⁷⁰.

O funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Günther Jakobs, sustenta que o Direito penal deve estar atrelado à função de proteção do bem jurídico penal, que é precisamente a norma penal.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. *Culpabilidade e prevención em derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 32.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.308.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.310.

O dolo, para Jakobs, pertence ao tipo subjetivo e configura uma decisão contra a vigência da norma.

Jakobs propõe que o dolo é integrado apenas pelo elemento cognitivo, prescindindo do elemento volitivo, de modo que a atuação dolosa pressupõe o simples conhecimento da ação e seus resultados.

Entende Jakobs que, no âmbito do conhecimento do tipo existente estipulado para o dolo, o agente pode atuar devido ao conhecimento da realização do tipo, queira ele a realização do tipo por si mesma ou por suas consequências.

O dolo é o conhecimento de que a realização do tipo dependa da execução querida da conduta, ainda que ela não seja querida por si mesma. Ou seja, o dolo é o conhecimento da conduta com suas consequências¹⁷¹.

As teorias sobre dolo desenvolvidas no Direito Penal podem ser divididas naquelas que entendem o dolo como psicológico e nas que reputam o dolo como normativo.

Dentre as teorias que reputam o dolo psicológico, é possível, ainda, distinguir as que identificam o dolo como um determinado estado mental (teorias psicológico-volitivas) e aquelas que identificam o dolo como uma determinada projeção psicológica do curso causal pelo autor do delito (teorias psicológico-representacionistas)¹⁷².

Em breves linhas, passa-se a apontar as teorias psicológico-volitivas e seus fundadores.

A teoria desenvolvida por von Hippel propunha o querer como principal identificador do dolo, estabelecendo a oposição contraditória entre querido e não querido como forma de avaliar se a conduta era dolosa ou imprudente¹⁷³.

Para o autor, existe o dolo quando o resultado foi querido, quando presente a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal.

¹⁷¹ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.375.

¹⁷² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.88.

¹⁷³ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p.33.

Centrando-se esforços em distinguir dolo direto de dolo eventual, a teoria do consentimento ou aprovação afirmava a existência de dolo eventual quando o agente aprova internamente, numa esfera psicológica, o resultado previsto¹⁷⁴.

Expoente dessa teoria, Frank desenvolveu a fórmula que apenas existe dolo eventual quando o autor, assumindo o resultado como uma forma ou de outra, atue de qualquer forma¹⁷⁵.

A teoria da indiferença, proposta por Engisch, propunha como critério definidor volitivo no dolo eventual a indiferença do agente para concretização do tipo penal.

Segundo Engisch, existe dolo eventual quando o sujeito aceita ou recebe com indiferença meramente possível as consequências secundárias negativas e afasta-se do dolo eventual quando o agente considera indesejáveis essas consequências e tem a esperança de que não se produzirão¹⁷⁶.

A teoria de Engisch foi refutada por Roxin, que reputou não acertada a apreciação de que a falta de indiferença, no sentido do caráter não desejado do resultado, exclui sempre o dolo. Segundo Roxin, não se pode exonerar o agente das consequências de suas ações conscientemente incluídas no cálculo mediante meras esperanças, nas quais ele mesmo não confia¹⁷⁷.

A teoria da evitação, desenvolvida por Kaufmann, propugnava uma teoria unitária de dolo, tanto para o dolo direto, quanto para o dolo eventual.

Para aferir o dolo, deve-se verificar se a vontade de realização do autor foi dirigida a não deixar ocorrer a consequência acessória, ou seja, a ação deveria ser dirigida a impedir essa consequência.

Assim, presente a vontade de evitação, não existe o dolo.

Por fim, integrante das teorias psicológico-volitivas, cite-se a teoria do levar a sério o resultado.

¹⁷⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.92.

¹⁷⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.93.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I, p.432.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.432.

Segundo essa teoria, haverá dolo se o autor, ao agir, considerou seriamente que o resultado delitivo ocorreria, ou seja, se ele levou a sério a possibilidade de superveniência do resultado lesivo.

Contudo, se o agente confia que o resultado não ocorrerá, mesmo que por um juízo temerário, sua responsabilidade se cingiria à imputação por imprudência¹⁷⁸.

As teorias psicológico-representacionistas centram a definição do dolo no elemento cognitivo e não volitivo, ao admitirem uma relação de conhecimento do autor e a projeção de nexos causal decorrente de sua ação.

Pela teoria da possibilidade, caracteriza-se o dolo diante da possibilidade de concretização do resultado inculcado no tipo penal.

Segundo von Liszt, o dolo é definido pela representação e não pela volição do resultado.

Outra vertente, a teoria da probabilidade sustenta, para a caracterização do dolo, que o autor represente o resultado como provável e, mesmo assim, atue.

As concepções psicológicas do dolo são passíveis de crítica, uma vez que a apreensão do elemento subjetivo como fenômeno psíquico carece de demonstração empírica.

O dolo demanda uma demonstração objetiva da intenção subjetiva. Essa demonstração ocorre por meio de provas e de identificação do dolo como tal realidade.

Contudo, a demonstração do dolo como realidade psicológica mostrou-se impossível, tanto pela impossibilidade física de acesso à intenção subjetiva do agente, quanto pela inexistência de verdade real no processo penal. Logo, a impossibilidade decorre da inacessibilidade dos fenômenos psíquicos¹⁷⁹.

As lacunas de prova que afetam a noção ontológica do dolo levaram ao desenvolvimento de teorias normativas, as quais propõem que o dolo não é uma realidade psicológica, mas sim produto de uma atribuição.

¹⁷⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op.cit.*, p.98.

¹⁷⁹ BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*. In: Dolo e direito penal: modernas tendências. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p.81.

Pela perspectiva normativa, dolo não é algo constatável, mas sim imputável, atribuível a alguém o conhecimento e a vontade de realização do fato delitivo.

As teorias normativas desenvolveram-se em duas espécies, normativo-volitivas e normativo-cognitivas.

As primeiras sustentam a necessidade um elemento cognitivo e volitivo para o dolo e uma valoração normativa da vontade para a imputação subjetiva.

Dentre as teorias normativas, Hassemer desenvolveu a teoria dos indicadores externos, numa perspectiva que une a dimensão material e a dimensão processual do dolo.

De acordo com Hassemer, o dolo, sendo um fator interno, não pode ser descrito pelo observador, de modo que a atribuição de responsabilidade dolosa demanda uma valoração, decorrente de critérios normativos.

Preconiza, então, que o dolo pode ser aferido por dados objetivos que contemplem os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão¹⁸⁰.

Os elementos externos são múltiplos e amplos e decorrem da análise de todas as circunstâncias que circundam a atuação.

Contudo, os elementos externos possibilitam a conclusão da existência dolosa por meio dos seguintes passos: demonstrar o perigo da situação concreta para o bem jurídico, representação do agente acerca desse perigo e sua decisão em favor da realização do perigo reconhecido.

O perigo se configura na periculosidade objetiva para o bem jurídico protegido, como, por exemplo, um atentado à bomba em que o agente deve reputar a sua força destrutiva, a distância do objeto sob ameaça¹⁸¹.

A representação do perigo é consubstanciada no nível cognitivo dos indicadores do dolo, a exemplo da visibilidade do fato pelo agente, o nível de percepção do caso, a complexidade ou simplicidade da situação fática.

¹⁸⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.406.

¹⁸¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op.cit.*, p.107.

Por seu turno, a decisão é aquela a favor do injusto.

Em que pese entender que o dolo é um fenômeno interno ao agente, Hassemer propõe que, para afirmá-lo, é necessária a comprovação de indicadores externos, os quais se apresentam em três níveis, situação perigosa, representação do perigo e decisão a favor da decisão perigosa, como explanado.

Ao trazer um conceito próprio de dolo, Claus Roxin defende que a realização de um plano constitui a essência do dolo: um resultado deve ser considerado dolosamente produzido quando e porque corresponde com o plano do sujeito em uma valoração objetiva¹⁸².

Contudo, a imprudência é a simples negligência ou leviandade do sujeito.

Para ilustrar essa distinção, exemplifica que, se alguém atropela outro de propósito com o carro e percebe que possivelmente também ferirá um terceiro, então admitiu também em seu plano, incluindo em seu cálculo, a eventual lesão de terceiro e, caso ocorra, agiu dolosamente, ainda que a lesão em si não lhe seja agradável.

Pelo contrário, quando alguém continua a fumar na cama, apesar dos avisos de sua namorada e, portanto, causa um incêndio, ele só é culpado de um incêndio por imprudência e não de um incêndio doloso. Isso porque, mesmo quando o assunto tem avisos bem-intencionados ignorados, não pode ser interpretado o resultado como conclusão de um plano de incêndio¹⁸³.

Roxin entende as distintas modalidades de dolo da seguinte forma. O dolo direto de primeiro grau se configura pelos resultados causados intencional e conscientemente.

O dolo direto (de segundo grau) representa um “desejo” de realização do tipo, mesmo que o resultado seja desagradável para o sujeito.

Existe dolo eventual quando o sujeito seriamente tem a possibilidade da realização do tipo, mas apesar de ele seguir atuando para alcançar o fim perseguido, e assim se resigna — seja voluntariamente ou não— para a eventual prática de um crime, conformando-se com ele.

¹⁸² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I, p.416-417.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 417.

Portanto, na concepção de Roxin, o dolo envolve sempre uma decisão, por meio da qual o agente deve levar a sério a realização do resultado, mas essa decisão não deve ser considerada em termos psicológicos, e sim valorada normativamente.

A decisão de realização do plano é feita por meio de fórmulas, indicadores e contraindicadores, por circunstâncias objetivas e subjetivas do fato¹⁸⁴.

Por derradeiro, Roxin sustenta que a identificação do dolo requer um juízo valorativo judicial.

Outra espécie das teorias normativas, as normativo-cognitivas propõem o abandono do elemento volitivo do dolo, composto apenas pelo elemento cognitivo.

Nessa vertente, Herzberg defende apenas o aspecto cognitivo, consubstanciado pelo risco qualificado.

De acordo com Herzberg a identificação do dolo se dá por meio de critérios qualitativos conforme as formas de perigo, por perigo coberto pela atenção humana, perigo descoberto, ou perigo descoberto, mas remoto.

Quando o agente ou terceiro tenha condições de evitar de forma eficiente o resultado, ocorre o perigo coberto pela atenção humana, hipótese em que a responsabilização será por imprudência.

No perigo descoberto, o agente coloca-se em marcha de perigo, cuja concretização depende de sorte ou causalidade, não podendo ser evitado por atenção humana. Nesse caso, haverá dolo.

No perigo descoberto, mas remoto, tal como no perigo descoberto, a concretização do tipo objetivo depende de sorte ou causalidade, porém esse risco é baixo ou insignificante. Em casos tais, a responsabilidade é atribuída por imprudência.

À semelhança de Herzberg, Frisch propugna que o dolo é composto apenas pelo elemento cognitivo, desprezando-se o elemento volitivo.

Para Frisch, o objeto do dolo não são os elementos pertencentes ao tipo objetivo, uma vez que, antes da ação, não é possível conhecer o resultado típico.

¹⁸⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op.cit.*, p.110.

Ao contrário, o objeto do dolo seria apenas o “comportamento típico”, a ação ou omissão típica. Para o dolo eventual, bastaria o conhecimento do risco não permitido¹⁸⁵.

Segundo o autor, quem percebeu que o risco de sua conduta converte seu comportamento em proibido e típico pode geralmente cumprir o mandado da norma de não criar tais riscos, de forma substancialmente mais simples do que a pessoa que não apreendeu precisamente essa periculosidade ameaçante¹⁸⁶.

Logo, o agente deve saber que a conduta configura um importante desvalor para o tipo penal, expresso pela periculosidade que a ação oferece a um bem jurídico concreto¹⁸⁷.

A definição de dolo de Feijóo Sánchez, conforme trazido por Maria Pita Del Mar, é que o injusto doloso se caracteriza porque uma pessoa toma decisão de realizar um fato, apesar de conhecer (abarcando intelectualmente) todas as circunstâncias fáticas que vão convencer este fato em fato típico. No injusto doloso o autor decide com conhecimento do alcance de sua decisão para uma atuação jurídico-penalmente relevante¹⁸⁸.

Feijóo situa o dolo no conhecimento do sujeito, que abrange o perigo de produção do resultado lesivo, já que, a seu ver, o resultado não pode ser conhecido pelo sujeito, por configurar fato futuro e fatos futuros apenas podem ser apreendidos intelectualmente por cálculo, previsão ou predição.

O autor rechaça o elemento volitivo do dolo, define-o como uma decisão consciente, sem que a inclusão do termo “decisão” implique a exigência da vontade. Adota em sua teoria uma perspectiva normativa¹⁸⁹.

Jakobs teoriza que o dolo prescindido do elemento volitivo, refutando a fórmula usual que concebe o dolo como conhecimento e vontade de realização do tipo.

Conforme defende Jakobs, o dolo é o conhecimento de que a realização do tipo depende da execução querida da ação, ainda quando ela não seja querida por si mesma. Assim, dolo é conhecimento da ação junto com suas consequências¹⁹⁰.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I, p. 439.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I, p.440.

¹⁸⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.221.

¹⁸⁸ DÍAZ PITA, Maria del Mar. *A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização*. In: *Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 17-18.

¹⁸⁹ *Ibidem* p. 20.

Afirma que, quando o autor persegue conscientemente com sua atuação fins externos, deve ter querido algo no acontecer externo, ao menos na execução da ação, ainda que as consequências da execução da ação (em parte ou todas) unicamente as tenha percebido como dependentes destas.

A consequência da ação é integrada em parte pelo curso causal querido e pela percepção, não querida, do fato depende da ação.

Jakobs sustenta que dolo seja percebido como uma indiferença do agente sobre o resultado. Por outro lado, a imprudência se caracteriza pelo resultado lesivo causado por um erro do agente ao agir.

Outra autora que entende o dolo sem o elemento volitivo, Puppe propõe que o dolo seria o conhecimento do agente sobre a qualidade de um perigo.

Segundo a penalista, existe o perigo de dolo e o perigo de imprudência, que se distinguem pela dimensão do risco, objetivamente avaliada.

O dolo, a seu ver, compreenderia a presença de um perigo de dolo e a consciência do agente sobre esse perigo.

O perigo de dolo é aquele que se expresa por um método para consecução do resultado delitivo, ou seja, quando o agente, por meio de seus conhecimento, verifica que a possibilidade de alcançar o resultado seja alta.

A consciência do perigo é apreendida pela análise do comportamento do autor, que deve traduzir uma aprovação do resultado lesivo.

As teorias normativas tiveram o mérito em tentar rechaçar dados psicológicos intangíveis e buscar critérios para justificações adequadas de atribuição do dolo.

¹⁹⁰ JAKOBS, Günther, *op.cit*, p.375.

3.2. Influxos da teoria da conduta

As teorias sobre dolo desenvolvidas no Direito Penal levam à necessidade de distinção conceitual do dolo na seara cível e à discussão se, na teoria da improbidade, caberia a adoção da concepção dolosa desenvolvida na seara penalista.

No âmbito civil, dolo consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. Trata-se de vício de consentimento, que leva à anulação do negócio jurídico¹⁹¹.

Esse dolo, erigido em defeito subjetivo do negócio jurídico, é o *dolus malus*, consubstanciado na perversidade de propósito. Distingue-se do *dolus bonus*, que consiste na prática inocente e exagerada de tentar convencer a celebração de um negócio jurídico, a exemplo de exageros publicitários.

Para anulação do negócio jurídico, o dolo deve ser essencial, ou seja, a razão determinante da celebração do ajuste. O dolo acidental não acarreta a invalidação do negócio, uma vez que, a despeito de sua constatação, o negócio teria sido celebrado, cabendo indenização à vítima pelas perdas e danos sofridos em decorrência do ardil.

Portanto, o dolo configura a utilização de um processo malicioso de convencimento, por meio de ação ou omissão, apto a produzir na vítima um estado de erro ou de ignorância, determinante de uma declaração de vontade que não seria obtida de outra maneira.

Segundo esse entendimento, o dolo pressupõe um elemento volitivo do agente.

Na seara penal, o sistema finalista de Welzel propôs o conceito de crime composto pelos seguintes elementos: fato típico, integrado pela conduta dolosa ou culposa, resultado danoso, nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e tipicidade; antijuridicidade ou ilicitude do fato; e, culpabilidade, consistente na imputabilidade, inexigibilidade conduta diversa e potencial consciência da ilicitude do fato.

¹⁹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 33, rev., atual. Language: Portuguese, Base de dados: Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984298/cfi/6/92!/4/66/2@0:0>. Acesso em 20 dez.2020.

De acordo com esse sistema, o dolo e a culpa migraram da culpabilidade, como propugnava o sistema causalista, e passaram a integrar o fato típico.

Os elementos do tipo dividem-se em objetivos, subjetivos e normativos. Os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato; os últimos conduzem a um juízo de valor em relação aos pressupostos do injusto típico (“decoro”, “sem as formalidades legais”, “injusta” e outras expressões jurídicas). Faltando algum desses elementos, desde que expressos tipo, não haverá infração¹⁹².

O dolo configura o elemento subjetivo do tipo, integrado pelos elementos de consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos da infração. Nesses termos, age dolosamente aquele que conhece e quer a realização dos elementos previstos no tipo legal do delito, sejam eles os elementos descritivos - que delimitam objetos, seres e ações perceptíveis pelos sentidos -, sejam os elementos normativos - que exigem um juízo de valor para o seu conhecimento, muitas vezes expressos em termos como “indevidamente”, “sem justa causa”¹⁹³.

Na esfera da improbidade administrativa, Fábio Medina Osório discorre que o dolo é a vontade e a consciência de realizar a conduta, ou seja, o caminho intencional percorrido pelo agente, de forma que a intenção pressupõe a consciência¹⁹⁴.

Diante das definições acima colacionadas, sustenta-se que, no âmbito das improbidades, a noção de dolo a ser aplicada é aquela do direito penal, e não do direito civil.

Partindo-se da premissa do princípio da legalidade, defende-se a aplicação da teoria da ação ou teoria da conduta do ilícito penal igualmente na seara da improbidade administrativa, como uma teoria geral de imputação de ilícitos regidos pelo direito público¹⁹⁵.

¹⁹² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21.

¹⁹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 300.

¹⁹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.360.

¹⁹⁵ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Contributo para uma ontologia unitária da imputação do ilícito*. In: *Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos: Serviços Públicos e concretização de Direitos fundamentais*. Volume 2. Curitiba: CRV, 2020, p.34.

No sistema sancionador da Lei nº 8.429/92, a aferição do elemento subjetivo é um requisito prévio do exegeta para eventual tipificação da conduta como improbidade, pois, conforme esposado, os tipos previstos nos artigos 9º, 10-A e 11 demandam dolo e o tipo do artigo 10, admite dolo e culpa.

Logo, eventual conduta culposa por enriquecimento ilícito ou violação aos princípios administrativos afasta a incidência do tipo e, portanto, a responsabilização por ato de improbidade.

No âmbito criminal, vigora o princípio da legalidade penal, pelo qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal).

Diversamente, na seara cível, não há especificações de condutas dolosas previamente estipuladas em lei.

À semelhança da existência de ilícito penal, a ocorrência de improbidade exige uma lei prévia à existência do fato; que essa lei prévia seja escrita, obstando o uso de costumes para tipificação do ilícito; que a lei prévia defina condutas estritas (embora passíveis de integração por conceitos jurídicos indeterminados); que a lei traga delimitações das formas que o Estado entende como improbidade; e, que a lei tipifique as condutas nocivas ao patrimônio público¹⁹⁶.

Não obstante a existência de tipos de improbidade de tessitura aberta, em face do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, o que demanda análise da situação fática e interpretação do operador jurídico para enquadramento do fato no tipo legal, não se afasta o princípio da legalidade nas figuras de improbidade.

De fato, ainda que haja indeterminação específica por cláusulas abertas, a conduta somente será enquadrada como improbidade se amoldada em algum tipo previamente definido em lei (que importe em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios administrativos).

¹⁹⁶ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7ª edição. Tomo I, volume I. São Paulo: Saraiva, 2004, p.59.

A obediência ao princípio da legalidade na improbidade representa, em verdade, observância de garantias e de direitos fundamentais do acusado por eventual ato reputado ímprobo.

O direito penal e, igualmente a responsabilização por improbidade, como forma de fornecer garantia ao acusado, preveem a prova de que o agente obrou ao menos com dolo (ou culpa, se o tipo penal assim a preveja)¹⁹⁷.

Se, de um lado, o agente não pode alegar desconhecimento da lei (invocando-se de excludente de culpabilidade por desconhecimento da ilicitude do fato), de outro lado, não pode ser processado, julgado e condenado por modalidade de improbidade que não esteja previamente prevista em lei.

Outro ponto que leva à adoção do dolo na improbidade pela teoria da conduta é a ideia de que a ação consiste num exercício de atividade finalística.

Segundo Welzel, o ser humano não age de modo desvinculado da finalidade que persegue¹⁹⁸.

Portanto, no âmbito das improbidades, a conduta ilícita dolosa tem por finalidade, em última análise, a transgressão de normas e princípios que regem a atividade estatal.

Assim, a conduta dolosa implica em violação a bens jurídicos tutelados, erigidos pelo Estado como relevantes, quais sejam, o patrimônio público e a moralidade administrativa, tal como ocorre na esfera penal, em que se elegem os bens jurídicos passíveis de proteção, cuja transgressão seja juridicamente relevante e implique em punição.

Por outro lado, o dolo na seara cível não visa necessariamente a proteger bens jurídicos relevantes, mas implica em vício da vontade, ou seja, visa a tutelar mais a clareza e a veracidade do consentimento no negócio jurídico do que propriamente o bem lesionado.

A gradação do dolo na área cível, em que se admite o dolo *bonus*, entendido como o exagero ou propaganda exacerbada para fins de convencimento, não é admitido nos ilícitos penal ou de improbidade.

¹⁹⁷ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, *op.cit.*, p.34.

¹⁹⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 134.

Por fim, mais um argumento favorável à adoção de dolo do ilícito penal para a improbidade é a questão, outrora debatida, de que as sanções da improbidade se assemelham ontologicamente às sanções penais, cujas finalidades são de punição, restrição de direitos e reparação, enquanto na seara cível a sanção tem por escopo a reparação ou o ressarcimento.

A aplicação da teoria da conduta na figura da improbidade permite distinguir, inclusive, a conduta voluntária da conduta dolosa, uma vez que esta é tida como finalisticamente direcionada.

A conduta voluntária é aquela praticada mediante ação ou omissão, de forma espontânea ou provocada, pelo sujeito ativo, sem que esse agente tenha querido, previsto ou devido querer o resultado danoso a que deu causa.

A conduta voluntária dispensa ser inicialmente idealizada pelo agente, uma vez que a vontade pode ser incutida por terceira pessoa. Contudo, depende que tenha sido praticada pelo agente, livre de qualquer coação física (*vis compulsiva*).

Voluntário e involuntário são utilizados ordinariamente como sinônimos de intencional e não intencional.

No entanto, a conduta voluntária não necessariamente significa que tenha sido intencional, mas sim que seja livre de coação.

Portanto, afasta-se a conduta voluntária da conduta dolosa, já que esta é finalisticamente direcionada. Traduz-se na ação ou omissão movidas pela consciência ou vontade de produzir determinado resultado.

A responsabilização subjetiva por improbidade demanda que a conduta, não apenas voluntária, seja obrada com dolo ou culpa.

3.3 Dolo a partir da filosofia de linguagem

Aplicando-se a ideia do dolo extraído da seara penal para a improbidade, propõe-se no presente trabalho a adoção da filosofia da linguagem, conforme proposições de Wittgenstein, como base para a imputação do elemento subjetivo.

A abordagem do pensamento filosófico sobre o comportamento intencional permite elucidar o aspecto da desarticulação entre a intencionalidade e uma vivência consciente e causal de um estado mental anterior à ação, a referenciação do comportamento intencional e uma racionalidade implícita na ação constatável exteriormente e a coincidência entre o reconhecimento da linguagem de um comportamento e sua identificação social¹⁹⁹.

A releitura do dolo sob a perspectiva da filosofia da linguagem afasta a intenção ou a vontade do agente como um dado psicológico inacessível a terceiros. Por meio de parâmetros normativos, permite que a conduta seja valorada como dolosa porque representou um compromisso do autor com a ação ofensiva realizada.

A filosofia da linguagem alude ao sentido de que o dolo não é um fato, mas sim consiste na atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, expressa em um compromisso com a lesão de tal bem.

Num primeiro momento, pretende-se, por meio filosofia da linguagem, apontar aspectos imprecisos das teorias psicológicas e normativas.

Depois, propõe-se um sentido aos elementos do dolo, compostos pelo conhecimento e pelo querer.

Esses elementos são passíveis de aplicação para o entendimento do elemento subjetivo na improbidade.

Assim, diante da noção de que o dolo de improbidade é atribuído, busca-se avançar na averiguação do dolo do agente público deduzido da motivação do ato administrativo, ou da ausência desta, por meio de parâmetros que possam ser objetivamente valorados.

¹⁹⁹ PALMA, Maria Fernanda. *Dolo eventual e culpa em direito penal*. Problemas fundamentais do direito penal. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, p.49-50.

No tocante à problematização das teorias psicológicas, estas trazem como premissa que o elemento subjetivo corresponde a um fenômeno mental, ou seja, algo que ocorre na mente ou na cabeça do indivíduo.

As concepções de cariz psicológico trazem como base teórica a filosofia de Descartes, pela qual a natureza da mente é estranha à natureza da matéria, no denominado dualismo cartesiano²⁰⁰.

De acordo com Descartes, existe uma distinção entre mente e corpo, uma vez que a consciência é separada dos eventos corpóreos.

O dualismo cartesiano sustenta que a mente é diferente do corpo e os pensamentos são objetos incorpóreos. Defende que a primeira pessoa pode ter acesso ao que ocorre na mente por meio de introspecção, enquanto terceiros só podem ter acesso indireto, por observação de sua conduta. Por fim, entende que o acesso ao conhecimento se dá por uma linguagem privada, pois apenas a primeira pessoa pode obter acesso ao que passa em seu interior²⁰¹.

A ideia do dolo como um processo mental é algo inacessível, justamente porque não é dado a ninguém entrar na psique do outro para descobrir o pensamento que se passa antes ou no momento da conduta.

Com base na filosofia de Wittgenstein, refuta-se a teorização que pensamento é um processo incorpóreo.

Entende Wittgenstein que o pensar não é um processo incorpóreo que empresta à fala vida e sentido, e que da fala se poderia separar, como o Maligno retira do chão a sombra de Schlemihl. O próprio filósofo indaga: mas como, “não é um processo incorpóreo”? Conheço processos incorpóreos, mas o pensar, então, não é um deles? Apresenta como resposta: não, tomei a expressão “processo incorpóreo” como auxílio na minha agonia em querer explicar o significado da palavra “pensar” de uma maneira primitiva²⁰².

²⁰⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.130.

²⁰¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p. 131.

²⁰² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução João José R. L. de Almeida. Wittgenstein Translations. Número 339, p. 194-195. Disponível em <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. Acesso em 10 nov.2020.

Segundo Wittgenstein, falar do pensamento como uma “atividade mental” produz confusão. Podemos dizer que “pensar é essencialmente a atividade de operar com signos. Esta atividade é realizada pela mão, quando pensamos escrevendo; pela boca e laringe, quando pensamos falando; e se pensarmos imaginando signos ou imagens, não posso indicar-lhes um agente que pense. Se for dito então que nestes casos é a mente que pensa, eu apenas chamaria a atenção para o fato de que uma metáfora está sendo usada, que aqui a mente é um agente em um sentido diferente daquele em que pode ser dito que a mão é o agente ao escrever²⁰³.

O emprego de algo como signo faz surgir o significado, de modo que o signo tem vida mediante seu uso.

A própria linguagem é o veículo do pensar²⁰⁴.

Diante da premissa de que o pensamento não é algo incorpóreo, pensar é algo que se faz por meio da linguagem, de cujo uso deriva tanto o significado, quanto o pensamento, o conhecimento e a compreensão²⁰⁵.

É mediante uma atividade pragmática que se expressa a intenção e, por conseguinte, o dolo. Logo, o dolo, enquanto intenção, não é algo incorpóreo. A intenção se consubstancia pela própria ação contextualizada²⁰⁶.

Por consequência, a conexão intencional, ao invés de se produzir no interior (na mente do sujeito), se estabelece no meio público.

A noção de que o pensamento é uma linguagem privada pode, de igual modo, ser rechaçada segundo a concepção de Wittgenstein.

Não se pode conceber uma linguagem privada, uma vez que toda linguagem somente tem significado de forma pública e intersubjetivamente.

As teorias normativas do dolo igualmente podem ser postas à análise pela filosofia de linguagem.

²⁰³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos azul y marrón*. Madrid: Ed. Tecnos, 2003, p.3.

²⁰⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Número 329, p.190.

²⁰⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Reexame do dolo*. In: Dolo e direito penal: modernas tendências. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p.112.

²⁰⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.139.

As teorias normativo-volitivas reputam presente o elemento volitivo no dolo e propõem a identificação desse elemento por uma análise indireta, por verificação de indícios que circundam a ação.

De outro turno, as teorias normativo-cognitivas rechaçam o elemento volitivo e preconizam que o dolo é integrado apenas pelo elemento cognitivo, apreendido pelo conhecimento de algo objetivo e externo à conduta.

Num primeiro aspecto, o dualismo cartesiano presente nas teorias psicológicas, já refutado, é também passível de questionamento nas teorias normativo-volitivas.

O modelo mental de dolo é insubsistente, uma vez que a intenção não é algo incorpóreo, mas sim é compreendida diretamente na ação significativa contextualizada, e não indiretamente.

Outro ponto é que as teorias normativas tentam objetivar o dolo, seja propondo métodos indiretos para apreensão do fenômeno interno (teorias normativo-volitivas), seja pela tentativa de constatação do elemento subjetivo pela constatação do conhecimento de algo objetivo e externo ao agente (teorias normativo-cognitivas),

As teorias normativas contêm propostas relacionadas a um behaviorismo e a um objetivismo, passíveis de questionamentos.

O behaviorismo propugna que a conduta humana funciona como um tipo de sombra, que permite deduzir o interno do externo²⁰⁷.

Contudo, a conduta não é um mimetismo do estado mental, mas tão somente um critério para que seja compreendido, embora não o único.

Assim, o dolo deduzido exclusivamente da ação representa um equívoco filosófico, pois o dolo não é algo interno a ser inferido da observação de algo externo. Ainda, é insuficiente o critério de que apenas a ação traduz estado mental, embora a relevância dos elementos externos, este elemento isoladamente é incompleto para compreensão do dolo²⁰⁸.

²⁰⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op.cit*, p.160.

²⁰⁸ *Ibidem*, p.162.

Pela filosofia da linguagem, propõe-se que o conhecimento que o sujeito tem do mundo deriva de um sistema de referência linguístico, em uma relação sujeito-sujeito.

Segundo a filosofia da linguagem, os fatos comunicados não podem ser entendidos como distintos do processo de comunicação e são estabelecidos por meio de um processo de entendimento entre membros de uma comunidade.

O uso comunicativo da linguagem estabelece o conhecimento, de modo que o acesso imediato ao mundo ocorre por meio de processos linguísticos e pelo contexto linguisticamente construído de nossas formas de vida.

Wittgenstein propõe que as coisas apenas têm sentido dentro de um sistema de verificação. A verdade de certas proposições empíricas pertence ao nosso quadro de referências²⁰⁹.

Ao traçar os contornos desse sistema, ressalta que este sistema é adquirido pelo conhecimento através da observação e da instrução²¹⁰.

Por meio de um panorama linguístico, desenvolvido intersubjetivamente, segundo costumes e práticas, é possível compreender os significados das ações humanas.

De acordo com Wittgenstein, o conhecimento que temos do mundo se dá por meio de um sistema de referência, que é o pano de fundo para os jogos de linguagem.

Esse pano de fundo não é estático, mas sim flexível, podendo ser modificado por inovações, descobertas, mudanças na evolução linguística.

Para que o sujeito possa atuar no referido sistema e jogar os jogos de linguagem, é necessário que desenvolva a capacidade de ação no sistema, o que se dá por meio do conhecimento.

Diante dessa perspectiva, propõe-se uma interpretação dos elementos do dolo à luz da filosofia da linguagem e da teoria de Wittgenstein.

Não se descarta que o dolo é integrado pelos elementos cognitivo e volitivo.

²⁰⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000, § 83, p.35.

²¹⁰ *Ibidem*, § 279, p.83.

No tocante ao elemento cognitivo, a verificação do dolo demanda o conhecimento como “saber o que” e o conhecimento como “saber como”.

“Saber o que” implica no conhecimento como consciência das circunstâncias. “Saber como” representa o domínio de uma habilidade linguística²¹¹.

Esses parâmetros rompem com a busca de se analisar dados psicológicos do agente, inacessíveis.

Procura-se analisar manifestações externas e, por meio dessas manifestações externas, averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender suas intenções expressadas na ação²¹².

O que se passa internamente na mente do sujeito resulta inacessível, até que ele assim o expresse por meio de ação e de linguagem.

Em uma de suas proposições, Wittgenstein aduz: “enquanto falava com ele, não sabia o que lhe passava dentro da cabeça”. Com isso, afirma que não se pensa em processos cerebrais, mas em processos de pensamento. Aduz que a imagem deve ser levada a sério. Nós gostaríamos realmente de olhar dentro dessa cabeça. E, claro, nós só queremos dizer o que, de resto, queremos dizer com as palavras²¹³.

Mesmo que se insista que o conhecimento é algo interno, situado no cérebro, é inevitável que apenas a linguagem poderá nos demonstrar quando se está diante ou não de uma situação em que o agente agiu ou não com conhecimento²¹⁴.

Segundo propõe Wittgenstein, eu revelo meus conhecimentos durante todo o dia pelas minhas ações e também pelo que digo, pois a declaração “eu sei” só pode ter significado em ligação com a restante evidência do saber²¹⁵.

Prossegue o autor que, num tribunal, a mera afirmação “eu sei” proferida por uma testemunha não convenceria ninguém. É preciso mostrar que ela tinha possibilidades de saber²¹⁶.

²¹¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.188.

²¹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 237.

²¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Número 427, p.226.

²¹⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.191.

²¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. § 431 p.123.

O aspecto do conhecimento como “saber o que” refere-se ao conhecimento sobre as circunstâncias da ação, ou seja, a consciência sobre a ação significativa que o agente realiza.

Para caracterização desse aspecto do elemento cognitivo do dolo, o agente deve ter consciência dos fatos e de suas circunstâncias, contextualizados na ação significativa, além dos elementos descritivos e normativos referidos no tipo objetivo.

O ideal é que se avalie o conhecimento como contemporâneo à atuação do sujeito²¹⁷. Por esse posicionamento, o autor deve ter conhecimento das circunstâncias da ação enquanto comete o ilícito.

Entretanto, é possível que esse conhecimento seja prévio à ação e, por vezes, o agente nem sequer pensa no elemento normativo enquanto pratica o ato.

Para essas hipóteses, Platzgummer, citado por Cabral, desenvolveu a proposta da teoria da co-consciência, pela qual se admite uma consciência que, apesar de não ser observada explicitamente, é co-conhecida com outros objetos da consciência e que, implicitamente, também, deve ser levada em consideração. O co-conhecido, portanto, pode ser também co-querido²¹⁸.

Então, suponha-se que o agente, titular do cargo de Secretário Municipal, antes de sua nomeação, ocupava cargo público de vínculo efetivo no Município, executando a função de controle de frota dos veículos oficiais, com registro dos responsáveis pelo uso, controle de e fiscalização dos automóveis para garantir a utilização dos veículos exclusivamente a serviço do órgão público e de seus responsáveis.

No exercício do cargo de Secretário, foi flagrado utilizando veículo oficial para fins particulares, conduta que pode ser reputada ímproba. Assim, é desnecessário que esteja pensando na propriedade do veículo durante o uso, pois sabia da vedação de uso de carros oficiais para finalidades diversas que não aquelas correlacionadas aos serviços do órgão.

O conhecimento da vedação já tinha sido apreendido pelo agente.

²¹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. § 441 p.125.

²¹⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, p. 414.

²¹⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.194.

O domínio de determinada técnica, torna o sujeito capaz de fazer previsões a respeito de seus comportamentos. Essas previsões não derivam de fatores internos, porém de práticas intersubjetivas, de hábitos sociais, do reconhecimento a respeito do que comumente acontece a partir de determinada realização²¹⁹.

O domínio de uma técnica permite dimensionar a capacidade de fazer previsão e, assim, assumir a responsabilidade pelo resultado.

A capacidade de assumir resultados significativos e assumir compromissos consiste no domínio de uma técnica e representa o “saber como”, integrante do elemento cognitivo do dolo²²⁰.

Necessário compreender que o domínio de uma técnica consiste em saber jogar os jogos de linguagem no sistema linguístico de verificação.

O domínio de uma técnica é feito por habilidades humanas, que podem ser desenvolvidas por experiência ou aprendizagem. Essas habilidades advindas por experiência ou conhecimento resultam de uma cultura e não de experiências individuais, ao seguir uma regra linguística, segundo Wittgenstein.

Indaga o filósofo²²¹: seria o que chamamos de “seguir uma regra” algo que só um homem, apenas uma vez na vida, poderia ter feito? – E isso é, naturalmente, uma observação para a gramática da expressão “seguir a regra”.

Não se pode, uma única vez, só um homem ter seguido uma regra. Não se pode, uma única vez, ter sido feita uma comunicação, uma ordem dada, ou ter sido compreendida etc. – Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são costumes (usos, instituições).

Compreender uma frase significa compreender uma língua. Compreender uma língua significa dominar uma técnica.

²¹⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, p.412.

²²⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.192.

²²¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Número 199, p. 144-146.

Quando se é capaz de pensar no significado de uma palavra ou de fazer um lance em um jogo, o sujeito entende o significado dessa palavra ou lance e, assim, domina o uso prática de uma técnica.

Para Wittgenstein, a gramática da palavra “saber” é obviamente um parente próximo da gramática da palavra “conhecer”, “ser capaz de”. Mas, também, um parente próximo da gramática da palavra “compreender” (‘Dominar’ uma técnica)²²².

Portanto, o conhecimento enquanto domínio de uma técnica permite a avaliação das capacidades e competências que o sujeito domina, que integram sua habilidade de prognosticar os resultados significativos de sua ação.

A adoção do critério do domínio de uma técnica na aferição do dolo permite que terceiros, inclusive aqueles que por não dominarem as técnicas, realizem um juízo de valor sobre as condutas, pois existem regras públicas e intersubjetivas que possibilitam estimar se o agente tinha ou não capacidade de inferir as consequências de sua ação e se assumiu ou não um compromisso com o resultado significativo²²³.

Além do elemento cognitivo, propõe-se que o dolo seja integrado também pelo elemento volitivo, aspecto reputado prescindível pelos adeptos das teorias normativo-cognitivas.

Embora se reconheça a relevância das teorias normativo-cognitivas, o dolo envolve algo mais que o simples conhecimento. Engloba também a realização intencional de determinada ação.

O erro, o equívoco, o acidente, ainda que tenham consequências no âmbito penal e no âmbito das improbidades, não possuem a mesma relevância que a intenção, notadamente pela vinculação inicial que se estabelece entre o agente e o resultado de sua ação.

A inclusão da vontade no conceito de dolo é relevante para se estabelecer limites entre o dolo e a imprudência, pois, caso fossem tomados como sinônimos, a culpa ou o erro grosseiro em caso de improbidade seriam considerados como responsabilidade dolosa.

²²² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Número 150, p.108.

²²³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.206.

Assim, para a caracterização do dolo é necessário o elemento volitivo, que se traduz na intenção.

Quem atua com dolo, atua com o compromisso para com a realização do resultado, ou seja, com um querer dirigido à produção do resultado, já que quem quer, quer algo. Entretanto, esse querer não pode ser confundido com um desejo longínquo ou com motivações pessoais para atuar²²⁴.

A intenção não pode ser confundida com o estado mental do agente, com seu ânimo ou emoção, o que resulta inacessível. Segundo Wittgenstein, o “interior” é uma ilusão²²⁵.

Intenção deve ser compreendida como a pretensão significada de realizar determinada ação.

Trata-se de uma manifestação linguística pela qual o sujeito apresenta uma forma de intervenção no mundo, por meio de uma ação.

Se o querer não deve ser uma espécie de desejo, então tem que ser a própria ação. Ele não pode não funcionar como ação. Se ele é ação, então o é no sentido habitual da palavra; portanto: falar, escrever, andar, levantar alguma coisa, imaginar alguma coisa. Mas também: ambicionar, tentar, esforçar-se – para falar, escrever, levantar alguma coisa, imaginar alguma coisa etc²²⁶.

A vontade se expressa na ação, pelo compromisso de levar a cabo determinada conduta.

A intenção é intersubjetiva, ou seja, está fora do sujeito, e se manifesta no processo de comunicação decorrente própria ação. Por isso, só é percebida no meio público.

A vontade deve ser compreendida de forma contextualizada. Habermans propõe que o processo de comunicação do agente se estabelece em tripla dimensão, pela expressão da

²²⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, p.414.

²²⁵ WITTGENSETIN, Ludwig. *Últimos escritos sobre a filosofia da psicologia*. Tradução de Antônio Marques, Nuno Venturinha e João Tiago Proença. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, § 26, p. 355.

²²⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Número 615, p. 297-284.

intenção do falante, pela relação interpessoal entre falante e receptor da mensagem e pela expressão de algo no mundo²²⁷.

O processo de linguagem ocorre não apenas falando, mas também por outras formas de atuação, como um gesto, um movimento, uma escrita.

Portanto, a intencionalidade não se configura subjetivamente, mas por convenções. Resulta de um processo de atribuição que corresponde à mensagem que a ação do sujeito produz²²⁸.

É possível identificar o sentido da ação pelo contexto da ação e pelas circunstâncias que o agente conhece e as técnicas que domina. O elemento volitivo tem sentido vinculado ao elemento cognitivo²²⁹.

A compreensão dos elementos do dolo à luz da filosofia da linguagem afasta o processo mental, inacessível a terceira pessoa que não o autor, e busca afirmar o caráter público do querer e do saber.

O dolo é atribuído, ou seja, é fruto de uma valoração, e identificado como o compromisso para com a produção do resultado, expressa em uma decisão contra o bem jurídico²³⁰.

Para determinar se existiu esse compromisso de executar uma determinada figura delitiva, é preciso examinar dois parâmetros: fixar as regras (códigos externos), sociais e jurídicas, que definam ação como uma ação típica e, em seguida, relacionar essas regras com a bagagem de conhecimentos ou a competência do autor (as técnicas que este dominava), de tal modo que do ponto de vista externo, seja possível afirmar que o autor sabia²³¹.

A intenção se revela pelo compromisso de atuar do agente, como um signo normativo, e não um processo psicológico ou uma espécie de desejo.

²²⁷ HABERMANS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.40-41.

²²⁸ BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*, p.97.

²²⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.214.

²³⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*, p.411.

²³¹ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo*. In: *Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p.43.

Pela teoria da linguagem, conforme explanado, podem ser extraídos os elementos cognitivo e volitivo que comprovam o dolo em caso de vício na motivação, o que será aferido sempre no caso concreto.

Embora o capítulo seguinte seguirá na discussão sobre os critérios de identificação do dolo na conduta de improbidade administrativa, cabe nesse momento indicar a dedução genérica desse elemento subjetivo diante de mácula da motivação, a ser entendida como a motivação inexistente, insuficiente, prolixa ou confusa (aquela que, mesmo exaustivamente deduzida, não guarda relação entre a fundamentação jurídica e o fato que embasou a prática do ato).

A consciência pode ser atribuída pela valoração de que o agente tinha ciência do dever de cumprimento dos requisitos mínimos da fundamentação de direito e de fato, dominava técnica, sabia como fazê-lo, e assim não o fez.

Sem pretender esgotar hipóteses concretas, a ciência desses aspectos pode ser deduzida pela constatação da anormalidade da fundamentação viciada em determinado caso, quando demais anteriores seguiram os requisitos mínimos; pela experiência do agente público no cargo e na atividade administrativa que exercia; pelo nível de conhecimento específico que o agente prolator do ato possui, seja porque o cargo assim exige, por conhecimento acadêmico ou especializado (mediante realização de cursos e capacitações na área de atuação).

O elemento volitivo da conduta corresponde à pretensão significada de realizar determinada ação.

A intenção do agente deve estar estritamente vinculada ao propósito de atingir o bem comum, quando escolhe um fim que guarda relação harmônica com a previsão abstrata da norma e permite que o ato, a um só tempo, esteja em conformidade com a lei e com a moralidade administrativa²³².

A conduta do agente, exposta na motivação do ato, juridicamente possível, e em harmonia com os efeitos jurídicos previstos na norma, aliada à intenção de atingir os valores decorrentes da norma, conferem licitude ao ato e afastam a improbidade.

²³² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.144.

Contudo, ainda que exista adequação da conduta à norma e que exista motivação do ato, o ato será viciado se a intenção é dirigida à produção de um resultado, cujo sentido acaba por burlar os reais efeitos e os valores insculpidos na norma, pois somente na aparência haverá adequação à lei.

Ressalte-se que o sentido da ação ímproba, atribuído da intenção, é aquele vertido para uma finalidade ilegal e não necessariamente patrimonial.

A ação deve ser avaliada em termos da sua racionalidade prática, ou seja, de valorando-se a prudência e a adequação aos valores coletivamente vinculados ao “bem viver”, ou seja, àqueles valores escolhidos como os pilares de determinado modo de vida²³³.

Tome-se como exemplo contrato de locação de imóvel destinado ao atendimento de finalidades da administração, por meio de contratação direta, com base no artigo 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93, que foi precedido de procedimento administrativo, porém não foi externada a fundamentação de fato e de direito que embasaram a escolha do imóvel ou a justificativa do preço.

Os requisitos para cabimento dessa hipótese legal são: locação do imóvel destinada ao atendimento das finalidades precípua da Administração; escolha do bem condicionada pelas instalações e localização, únicas a atender à necessidade; e preço compatível com o mercado.

Quanto ao segundo requisito, não basta a simples pretensão de compra ou locação. Deve haver uma pretensão qualificada, ou seja, a entidade pública deverá justificar a necessidade de aquisição ou locação de um dado imóvel, em razão de suas peculiaridades, necessárias à satisfação do interesse público²³⁴.

Dessa maneira, ao assinar o contrato administrativo de locação, cujo procedimento de dispensa de licitação não atendeu aos requisitos legais de motivação do fato, o agente descumpriu as regras da Lei de Licitações e violou os princípios da legalidade e da competitividade das licitações.

²³³ FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. Rev. Direito GV, vol.15, nº 3 São Paulo, 2019, p.9-10. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211. Acesso em 15 dez.2020.

²³⁴ GUIMARÃES, Edgar. *Contratação direta: comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível*. Curitiba: Negócios Públicos, 2013, p.77.

Conquanto os fatores que ensejam a locação do imóvel pareçam afetos à subjetividade, estão na realidade relacionados à finalidade pública do ato, razão pela qual a motivação dos elementos concretos e objetivos deve ser pontuada minuciosamente.

Acerca dos elementos que embasam a locação direta, a localização é um importante fator que pode justificar a escolha de um imóvel, ainda que exista outro de mesmas dimensões, com valor de locação menor.

Outro aspecto de relevância é o melhor acesso por meio de transporte público (pelo público usuário ou pelos servidores e colaboradores do órgão contratante) ou a proximidade com outro órgão ou instituição para o qual seja necessário rotineiro deslocamento. Os fatores determinantes de escolha, relacionados à finalidade pública que se visa atingir com o uso do imóvel, mesmo existindo mais de um imóvel apto ao atendimento da pretensão contratual servem como fundamento idôneo da contratação direta²³⁵.

Por isso, se o agente, ciente do dever de motivação pelos elementos a serem extraídos do caso, já indicados, intencionalmente leva a efeito o contrato de locação, age com a pretensão de reduzir eventual competitividade na contratação, e se não tem outras razões de interesse público que justifiquem o ato, o agente, além de violar a legalidade, adentra no terreno da improbidade administrativa, pois diante das circunstâncias deduzidas do caso pode-se afirmar que a conduta não era justificável, porquanto violadora de princípios que regem a Administração Pública.

Essa apreensão do elemento subjetivo repercute na teoria das improbidades notadamente pela forma como se prova o dolo e pela dedução do elemento subjetivo da motivação do ato administrativo, que se trata de um processo de comunicação do agente público, pano de fundo dos jogos de linguagem.

A noção de que o dolo é atribuído gera a necessidade de demonstrá-lo, a fim de que a imputação do elemento subjetivo não ocorra de forma arbitrária.

Por meio dessa perspectiva, pretende-se, na prática processual, efetuar uma ponderação geral e racionalmente controlada de todos os indícios que apontam a favor de

²³⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações públicas comentadas*. 9ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p.311.

afirmar o compromisso com a vulneração do bem jurídico, dissipando-se o risco de cair na arbitrariedade de se reputar elementos puramente cognitivos²³⁶.

Com isso, os dados que eventualmente comprovam o dolo podem ser discutidos pelos sujeitos processuais e pelo acusado do ato de improbidade.

Por fim, a decisão judicial que reconhece a existência do ato ímprobo, além de delimitar conceitos indeterminados quando presentes, traz consigo a obrigação de valorar o elemento subjetivo, inclusive para enquadramento do fato no tipo legal.

²³⁶ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo*. In: *Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p.70.

4. O DOLO EXTERNADO NA MOTIVAÇÃO

Nos capítulos anteriores, aprofundou-se no estudo do dolo desenvolvido no Direito Penal e sustentou-se a aplicação dessas teorias penais do elemento subjetivo para a conduta de improbidade administrativa.

O dolo é composto por dois elementos, compreendidos como consciência do agente de que está praticando uma conduta típica e vontade de realizar a referida ação ou omissão.

Com base na filosofia de linguagem de Wittgenstein, foi trazida a releitura desses elementos do dolo, para que possam ser extraídos da ação e da linguagem.

Debateu-se sobre os fundamentos e requisitos da motivação do ato administrativo, uma vez que o agente público, eventual autor de conduta de improbidade administrativa, participa dos jogos de linguagem por meio dos fundamentos de fato e de direito trazidos, ou não, na motivação do ato.

Passa-se à tentativa de identificação do dolo no ato de improbidade administrativa, diante de elementos deduzidos da motivação do ato administrativo que embasa a conduta, por meio de critérios objetivos apreendidos pela filosofia de linguagem.

Ao final, realiza-se estudo de caso com o objetivo de correlacionar as bases teóricas estabelecidas ao longo do trabalho e o caso concreto analisado.

4.1. Critérios para identificação do elemento subjetivo na motivação do ato administrativo

O agente público, no exercício de suas funções, cotidianamente toma decisões e produz atos administrativos que materializam essas decisões.

Assim, o exame de eventual improbidade ocorre posteriormente, por órgãos de controle ou pelo órgão judicial na função de julgamento da imputação ao agente.

O dolo só pode ser determinado por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados. A partir do momento, em que os fatos são inseridos em um discurso racional e num conjunto probatório, pode-se conduzir à conclusão de que, em determinado contexto, a ação é justificável (ou não) em face dos princípios que regem a Administração Pública²³⁷.

Suponha-se um cenário em que um prefeito municipal recebe recomendação do Tribunal de Contas para que promova a exoneração de ocupantes de cargos em comissão e realize concurso público necessário para o provimento dos cargos municipais.

Após promover a exoneração, o prefeito procede à recontração, por meio de contratos temporários, de funcionários exonerados, sem concurso público.

Diante desse contexto, houve imputação de ato de improbidade administrativa, prevista no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, por violação dos deveres de honestidade e legalidade e ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade.

Contudo, em análise do caso, o Superior Tribunal de Justiça, manteve o teor da decisão recorrida, que afastou a improbidade, por reputar possível a recontração, ocorrida em um contexto que a justificava.

No julgamento do Resp 1.660.398 – PE²³⁸, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, entendeu-se que, em um contexto de profunda reestruturação administrativa, a recontração temporária de funcionários sem concurso público era justificável e atendia ao interesse público.

Conforme pontuado pelo relator, na hipótese, não havia cargos públicos efetivos criados por lei.

Por isso, segundo destacou, cabia ao Prefeito, em atendimento à determinação do Tribunal de Contas, tomar a iniciativa de propor a criação por lei de tais cargos (o que

²³⁷ FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. Rev. Direito GV, vol.15, nº 3 São Paulo, 2019, p.11. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211. Acesso em 15 dez.2020.

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.660.398 – PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27.06.2017, publicado em 30.06.2017.

pressupõe estudo do quantitativo de cargos, dos impactos financeiros e orçamentários), além de aprovação de lei de criação de cargos pelo Poder Legislativo local.

Após, cumpria ao gestor a contratação de empresa para realização do concurso público, somando-se o interregno necessário para conclusão do concurso e a posterior nomeação e posse dos candidatos aprovados.

O ministro relator destacou a reforma administrativa que estava sendo implementada no Município.

Ponderou que o prefeito, após receber a recomendação de exoneração de servidores comissionados do Tribunal de Contas, empenhou-se nas providências legais para a criação de diversos cargos municipais e deflagrou três concursos públicos distintos para o preenchimento de diversos cargos, envidando todos os esforços para evitar a paralisação de serviços públicos essenciais.

Depreende-se que o Superior Tribunal de Justiça, analisando o contexto fático, reputou que a dispensa de centenas de servidores de cargos comissionados poderia levar a uma paralisação dos serviços públicos, fato prejudicial ao interesse público, justificando-se, portanto, a preservação temporária de funcionários que já atuavam no Município até que os concursos públicos necessários fossem realizados.

O caso acima citado ilustra que a atribuição da conduta de improbidade demanda a valoração dos elementos extraídos do caso concreto, com suas peculiaridades e especificidades e, essencialmente, a análise do contexto da ação.

Por meio da filosofia de linguagem de Wittgenstein, Glock identificou os seguintes critérios de prova do dolo: o contexto, as explicações e as confissões²³⁹.

Além desses critérios para aferição do dolo na improbidade, indica-se, de igual modo, o cotejo da conduta frente as técnicas que o autor dominava e a averiguação de uma manifestação externa que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico e a probidade administrativa.

²³⁹ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 279.

O contexto é o principal critério para demonstração do dolo no conjunto probatório. Não há como comprovar a prática de improbidade por meio de conduta em abstrato.

Quando se indaga pelas razões de uma dada ação, na realidade se está em busca de uma explicação para aquela ação específica, de uma descrição completa que permita compreender por que o agente entendeu que aquela conduta, naquele momento e daquela forma, seria adequada e justificada. A razão para uma ação conhecida só pode ser compreendida a partir do seu propósito ou fim, que deve ser inteligível como algo que vale a pena fazer em determinadas condições²⁴⁰.

A análise do contexto engloba os antecedentes e os consequentes da ação.

Como antecedente a ser valorado para comprovação de eventual dolo, pode-se citar a inexistência de procedimento administrativo formal e prévio do ato, recomendações e alertas dos Tribunais de Contas, recomendações expedidas pelo Ministério Público.

No tocante ao papel desempenhado pelos Tribunais de Contas, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101/2000²⁴¹) fortaleceu o controle preventivo e concomitante dos órgãos de contas, ao prever a possibilidade de expedição e alertas quando constatado risco ou eventual violação a preceitos de boa gestão orçamentária.

Os alertas e recomendações dos Tribunais de Contas, no exercício de um controle preventivo, têm repercussão judicial, uma vez que podem ser interpretados como prova do dolo, caso o agente descumpra, diante da finalidade recomendatória de ciência das consequências de seu ato.

Sob o aspecto formal, o alerta configura ato administrativo de natureza cautelar que firma a responsabilidade da autoridade comunicada. O objetivo do alerta emitido é conduzir o

²⁴⁰ KORSGAARD, Christine M. *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 221.

²⁴¹ Lei complementar nº 101/2000:

Artigo 59 (...)

§ 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:

I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;

II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

destinatário ao estado de legalidade orçamentária, caracterizando um controle simultâneo por parte da Corte de Contas²⁴².

Além do viés preventivo de correção da conduta irregular ou sob risco de se tornar ilegal, os alertas e recomendações dos Tribunais de Contas contextualizam a ação do agente público alertado, que passa a estar ciente, de forma inequívoca, que a continuidade de sua ação ou sua inércia deliberada redundará na aventada ilegalidade.

Caso o agente público não proceda às correções necessárias, o alerta pode configurar prova do elemento subjetivo para fins de imputação de conduta de improbidade, ao demonstrar os elementos cognitivo e volitivo, diante da produção ou da assunção do risco de produção do resultado lesivo.

Os alertas se prestam a formar prova de dolo específico nos crimes contra a Administração Pública, nos crimes da Lei Geral de Licitações e em determinados atos de improbidade, porquanto configuram atos administrativos de controle externo que operam de forma automática em prol da prevenção de riscos e da correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio nas contas públicas e prejudicar a boa gestão dos recursos públicos²⁴³.

Saliente-se que, o descumprimento de alerta do órgão de contas, embora indicativo de presença do elemento subjetivo, não prescinde da análise dos demais pormenores e circunstâncias do fato para que a conduta seja efetivamente enquadrada como improbidade, a exemplo do caso citado no julgamento do Recurso Especial nº 1.660.398 – PE.

De igual modo, a recomendação expedida pelo Ministério Público, com viés resolutivo, exerce a função de orientar o administrador inábil e revelar o dolo da conduta reputada ímproba, ao tornar inequívoca a consciência de ilicitude da sua conduta²⁴⁴.

De uma perspectiva prática, para que os alertas dos Tribunais de Contas e recomendações ministeriais possam configurar prova do conhecimento prévio do agente de

²⁴² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *O Poder legislativo, o Tribunal de Contas e o Controle da Responsabilidade Fiscal*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v.40, n.3, p.125-159, jul./set. 2001.

²⁴³ PINTO, Élide Graziane. Alertas e Controle Concomitante da Administração Pública. Disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal/revistaeletronica2/doc/03.pdf>. Acesso em 20 dez.2020.

²⁴⁴ BOMFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte. Volume XIII, número 1, julho de 2020, p. 181/206. Disponível em <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em 10 dez.2020.

conduta irregular, sugere-se que os expedientes sejam certificados de recebimento pessoal ao notificado ou sujeito da recomendação.

Nos órgãos públicos, tanto de um pequeno município, quanto de uma cidade populosa, diversos expedientes passam pelos administradores dos cargos de chefia e, alguns tantos, nem sequer lhes são entregues ou vistos com atenção.

Assim, a dubiedade do recebimento pessoal de uma recomendação ministerial pelo Prefeito, por exemplo, pode enfraquecer a alegação de configuração do dolo.

Outra técnica é a de requisição de resposta do alerta ou da recomendação, que vincula o ato de resposta com a ciência do agente de seu teor.

As explicações do agente relevam as intenções por meio de manifestações expressas antes do ilícito (por exemplo, se confia para alguém que tem o intuito de praticar o ato), durante ou depois.

As hipóteses de manifestação direta do autor, ao afirmar que estava consciente dos fatos e circunstâncias, não revelam dificuldade para aferição do dolo.

Todavia, mais comum é que a manifestação da intenção seja comprovada por meios indiretos, como por exemplo, pela oitiva de testemunhas.

A confissão deve estar em consonância com o contexto da ação.

Acerca das explicações e confissões, Habermans ensina que o ato de emissão conta, por si próprio, como uma autoapresentação do falante, como um indicador suficiente do falante em expressar uma vivência. As confissões possuem um papel paradigmático, parecido com as afirmações ou com os mandatos e as promessas²⁴⁵.

Cite-se como critério para identificação do dolo, a averiguação da conduta frente as técnicas que o autor dominava.

A valoração do elemento cognitivo do domínio de uma técnica implica a verificação do conhecimento e de habilidades dominadas pelo agente, que integram sua capacidade de prognosticar os resultados significativos de sua ação.

²⁴⁵ HABERMANS, Jürgen. *Teoría de Lá Acción Comunicativa: crítica de la visión funcionalista*. Vol. II. Madrid: Taurus, 1992, p. 99-100.

Esse aspecto busca valorar o elemento subjetivo pela aferição de que o agente, possuindo conhecimento das circunstâncias concretas de sua conduta, saiba que prosseguindo com sua ação ou persistindo na omissão, comete improbidade.

Ao se falar em domínio de uma técnica, necessário definir quais são os sujeitos detentores dessa técnica.

É todo o sujeito que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em quaisquer entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (artigos 1º e 2º da Lei nº 8.429/92).

O agente público, ainda que transitório, tem o dever de conhecer os deveres éticos mínimos que pautam sua atuação no cargo.

Sem prejuízo desse conhecimento mínimo, características pessoais do sujeito e do cargo que ocupa são fontes de atribuição de conhecimento.

Como descrito no capítulo anterior, o domínio da técnica pode ser atribuído pela experiência no cargo ou pelo método de atuação do agente que se mostra escorreito em uma atuação rotineira, porém, no caso eventualmente investigado como de improbidade, apresenta uma anormalidade, sem razões plausíveis do desvio da conduta.

Ainda, é possível a valoração do conhecimento específico em razão da própria exigência do cargo, por conhecimento acadêmico do agente ou por conhecimento especializado de suas atribuições (mediante realização de cursos e capacitações na área de atuação).

Por fim, a atribuição do dolo pode ser deduzida de uma manifestação externa, mediante linguagem, motivação ou até falta de fundamentação do ato, que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico, o patrimônio público tutelado e a probidade administrativa.

Conforme já explanado, verifica-se quando a motivação declinada está em desarmonia com a finalidade almejada e com os princípios regentes da atividade estatal, independente de eventual dano ao erário.

Nesse ponto, importante destacar o delineamento da omissão dolosa, quando o agente público delega o ato e assume o dever de garante e os critérios de identificação do dolo eventual.

Na Administração Pública, não raras vezes, a autoridade que ocupa da posição de superior hierárquico delega poderes e atos a servidores ou colaboradores, como forma de descentralização e otimização do serviço.

A delegação do ato não exime a autoridade delegante do dever de fiscalização, pois esta assume a função de garante. Assim, a omissão do dever de garante pode ser intencional e dolosa, passível de responsabilização do agente delegante.

Segundo a teoria das funções de Armin Kaufmann, a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria consiste em uma posição de proteção a respeito de um bem jurídico, ou seja, consiste genericamente no dever de impedir lesão de bens jurídicos²⁴⁶.

A tarefa de defesa do garantir pode orientar-se em duas direções: de um turno, o sujeito do comando pode ter que estar “vigilante” para proteger determinado bem jurídico contra todos os ataques, cuja função de proteção consiste na “defesa em todos os flancos” do bem jurídico contra perigos de todo gênero.

Esta imposição de tarefas prevalece na posição de garantidor reconhecida de um preceito jurídico ou naquela baseada na assunção de deveres contratuais.

De outro lado, a posição de garantidor pode consistir na supervisão de terminada fonte de perigos, não importando quais bens jurídicos são afetados a partir desta fonte. A missão de proteção de garantidor consiste em “estancar a concreta fonte de perigos; apenas secundariamente, como efeito reflexo, surge a garantia dos bens jurídicos ameaçados por esta fonte de perigo.

²⁴⁶ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução para o espanhol de Joaquim Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.289.

No caso do agente público que delega o ato, o dever de agir decorre da atribuição legal dos deveres de cuidado, proteção ou vigilância do bem jurídico. Trata-se, portanto, de situação em que o comando legal emerge da lei de forma abstrata e deriva da função social exercida pelo agente ou a relação juridicamente reconhecida que a pessoa tenha em face do objeto de proteção jurídica²⁴⁷.

A omissão dolosa ocorre quando o agente, após promover a delegação de ato, não exerce o dever de fiscalização e, assim, pretende distanciar-se propositadamente do fato ímprobo, ao evitar que o conhecimento de suas circunstâncias chegue a si.

Nesse caso, para valoração do dolo por critérios objetivos, aponta-se a possibilidade de utilização da teoria da cegueira deliberada²⁴⁸.

A doutrina da cegueira deliberada, também denominada de doutrina das instruções do avestruz, doutrina da evitação de consciência, teoria da ignorância deliberada ou *willfull blindness*, tem origem em países cujos ordenamentos seguem o sistema do *common law*.

No âmbito do direito criminal, mais especificamente em relação à punição de agentes envolvidos na lavagem de capitais, a doutrina da cegueira deliberada ganhou destaque ao possibilitar a punição dos agentes que se abstêm, propositadamente, de tomar conhecimentos de máculas atinentes aos bens envolvidos em suas atividades²⁴⁹.

Existem critérios específicos a incidir concomitantemente para se vislumbrar dolo nos casos de cegueira deliberada pelo agente omissor, a saber, que o desconhecimento quanto aos elementos do tipo seja vencível ou evitável, que o agente saiba que tinha o dever de ser capaz de sofrer a imputação, e que tivesse o conhecimento geral do dever jurídico de abstenção de cometimento da conduta típica²⁵⁰.

²⁴⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 297-298.

²⁴⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 267.

²⁴⁹ SOARES, Jucelino Oliveira. A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade aos crimes financeiros. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, 2019, p.109-128. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/12/ARTIGO-6.pdf>. Acesso em 05 jan.2021.

²⁵⁰ VARELA, Lorena. *Norma e imputación en el conocimiento del tipo*. 2015. 803f. Tese (Doutorado em direito penal). Faculdade de Direito da Universidade Pompeu Fabra, 2015, p.444.

Para configuração do dolo, é necessário comprovar que o agente se omitiu no dever de fiscalização para se colocar, intencionalmente, em estado de desconhecimento, com o fim de se distanciar do dever de fiscalizar o ato delegado²⁵¹.

Portanto, os contornos da omissão dolosa na seara da improbidade devem ser objetivamente apreciados, e não apenas presumidos.

O dolo eventual se caracteriza quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, ou seja, baseia-se na eventualidade da produção do resultado.

Nessa espécie de dolo, o autor projeta um resultado, previsto como uma hipótese possível e, até mesmo, provável. Porém, a projeção quanto à possibilidade ou probabilidade do resultado não o intimida e, ainda assim, existe a atuação do sujeito²⁵².

À semelhança do dolo direto, o dolo eventual é atributivo ou normativo, de modo que sua avaliação deve ser feita com base em indicadores objetivos que demonstrem a assunção do risco pelo agente.

Sob o viés da filosofia da linguagem, a dúvida não pode ser interna ou privada do agente, mas sim intersubjetiva, extraída de um contexto de linguagem, de regras socialmente compartilhadas.

Pela solução proposta por Cabral, a compreensão do dolo eventual perpassa por um prognóstico positivo, duvidoso e intersubjetivo pelo agente²⁵³.

O prognóstico é positivo porque gera a desconfiança de que algo existe ou vai acontecer. É duvidoso porque não é seguro. É intersubjetivo, uma vez que se trata de uma dúvida constatável tanto pelo agente quanto por terceiros.

A dúvida, portanto, reside no elemento cognitivo do dolo, uma vez que o autor não tem certeza quanto ao resultado, mas intencionalmente se compromete com a ação desenvolvida.

²⁵¹ NEISSER, Fernando Gaspar, *op. cit.*, p.267.

²⁵² BUSATO, Paulo César, *op. cit.*, p.421

²⁵³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia de linguagem*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 236

De tal modo, o caso de dolo eventual se funda na existência de uma dúvida razoável, isto é, num contexto de prognóstico positivo e intersubjetivamente duvidoso. A intenção existe diante de um compromisso do autor com o resultado significativo de sua ação²⁵⁴.

4.2. Estudo de caso

Após a discussão teórica da definição de improbidade, dos elementos do dolo à luz da filosofia da linguagem e dos requisitos da motivação do ato administrativo, instrumento pelo qual o agente público implementa jogos de linguagem, dedica-se, no presente tópico, ao estudo de um caso para identificar dados objetivos que levem à atribuição e valoração de conduta dolosa.

Com base nos marcos teóricos apontados, busca-se aferir os indicadores do elemento subjetivo deduzidos da motivação no procedimento administrativo ou que dela deveriam constar, porém foram reputados omissos.

Nesse sentido, o presente estudo de caso tem por finalidade avaliar a coerência interna das provas e dos argumentos debatidos na ação civil de improbidade administrativa, tanto pelos sujeitos processuais, quanto pelos julgadores, que reputaram a ocorrência de ato de improbidade administrativa e condenaram o gestor imputado pelo ato.

Os argumentos teóricos esposados ao longo do trabalho serão colacionados e contextualizados com o caso analisado.

Pretende-se apresentar um ferramental teórico que possa ser utilizado empiricamente, a fim de compreender o dolo na improbidade administrativa como um aspecto valorado e atribuído pelo operador do direito, e não como um aspecto mental e inacessível a terceiros.

O caso em análise foi extraído dos autos judiciais nº 5267147.88.2016.8.09.0162, tramitados perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás²⁵⁵.

²⁵⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, *op. cit.*, p.265.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação cível nº 5267147.88.2016.8.09.0162. 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Alan Sebastião de Sena Conceição, julgamento em 17.10.2019.

Trata-se de ação civil de improbidade administrativa ajuizada em face de ex-prefeito municipal, do agente público ordenador de despesas à época e dos procuradores municipais em atuação no caso, imputando-lhes a prática do ato de improbidade previsto o artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, por dispensas irregulares de licitação e possíveis irregularidades nos processos de dispensa de licitação e celebração de seis contratos entre o Município e particulares. Os sobreditos contratos objetivavam a contratação de prestadores de serviços de manutenção predial (pintor, bombeiro hidráulico, eletricista e pedreiro) às unidades de ensino do município.

O inquérito civil que instruiu a inicial foi deflagrado em razão de comunicação do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás - TCM/GO, o qual se prestou a anunciar o teor do Acórdão 05349/15, prolatado no bojo do processo nº 20948/13, que julgou irregulares os citados contratos administrativos.

Conforme consta do acórdão do órgão de contas, os contratos foram celebrados por intermédio de dispensas de licitação, sob a alegação de que fundadas no dispositivo legal prescrito artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, permissivo que refere acerca de situação emergência ou calamitosa, bem como na instrução normativa nº 13/12 do TCM/GO²⁵⁶, a qual dispõe sobre procedimentos voltados à continuidade da prestação do serviço público.

²⁵⁶ O TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICIPIOS DO ESTADO DE GOIAS, no use das atribuições que lhes são conferidas pelos artigos 1º, inc. XIV, e 3º da Lei Estadual 15.958 • de 18.01.07 LO/TCM; e Considerando a necessidade de emitir orientações aos agentes políticos municipais que iniciam seus mandatos; Considerando que a continuidade administrativa é um dos objetivos a serem perseguidos pela Administração Públicas independentemente da mudança de sua gestão; Considerando a necessidade de minimizar os efeitos do processo de transição das gestões municipais, de forma a que não prejudiquem os atendimentos básicos a população; RESOLVE: Art. 1º - Manifestar aos novos gestores que nos contratos com prazos de vigência expirando em 31 de dezembro do ano que antecedeu a sua posse, relativos a credenciamentos na área da saúde, prestação de serviços de limpeza pública, transporte escolar, serviços contábeis e jurídicos, locação de veículos e equipamentos, assistência técnica, locação de imóveis e outros diretamente vinculados a continuidade da prestação dos serviços públicos, é facultada a prorrogação dos ajustes, nas mesmas condições anteriores, mediante termo aditivo firmado em 02 de janeiro do primeiro ano da administração, ou a contratação direta por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93, se caracterizadas as condições ali prescritas. Art. 2º - Manifestar aos citados gestores que é facultada a prorrogação dos contratos de escopo relativos a fornecimento de materiais, alimentos, medicamentos, combustíveis e outros assemelhados, diretamente vinculados a continuidade da prestação dos serviços públicos, pelo prazo necessário ao exaurimento da quantidade contratada ou até a realização dos procedimentos licitatórios pertinentes, mediante termo aditivo firmado em 02 de janeiro do primeiro ano da administração. § 1º. Os ajustes citados no caput poderão ter a sua quantidade acrescida em até 25% do valor atualizado do contrato, no caso de não ter sido aditivado tal acréscimo; § 2 — Na hipótese do caso não se enquadrar nas situações acima, poderá ser adotada a contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93, se caracterizadas as condições ali prescritas. Art. 3º - Alertar que em todas as situações previstas nesta instrução, o prazo pactuado não poderá exceder noventa dias, contados a partir de 02 de janeiro, sendo indispensável a apresentação da justificativa pertinente no caso de prorrogação e acréscimo, bem como a observância do disposto no artigo 26 da

Os ajustes foram prorrogados pelos agentes públicos, com a justificativa de que estariam em consonância com o preceituado no artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/93, dispositivo que versa a respeito de serviços executados de forma contínua.

O Tribunal de Contas julgou irregulares os contratos, por entender que os procedimentos de dispensa que precederam as contratações não demonstraram situação de emergência ou calamidade pública que justificasse as contratações diretas fundadas no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

O órgão de contas reputou, ainda, que os motivos determinantes das contratações não se encaixavam nas hipóteses previstas na instrução normativa nº 13/12 daquela Corte de Contas.

O Tribunal de Contas manifestou pela irregularidade das prorrogações realizadas, ao argumento de que os serviços contratados não são de execução contínua, e as prorrogações contratuais estariam em completa dissonância com o dispositivo vertido no artigo 57, inciso II, da Lei de Licitações, invocado pelos administradores para aditar os contratos.

O julgamento do Tribunal de Contas cingiu-se à aferição da conduta dos gestores sob o aspecto da legalidade, não tendo sido feita, portanto, qualquer indicação do elemento subjetivo da conduta para fins de imputação de improbidade.

O autor ajuizou ação de improbidade e imputou os ex-gestores e ex-procuradores municipais a prática do ato previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92.

Argumentou-se a existência de dolo pelos seguintes aspectos:

i) inaplicabilidade inequívoca da hipótese de dispensa de licitação vertida no artigo 24, IV, da Lei de Licitações, tendo em vista a ausência fundamentação fática e pormenorizada para os serviços contratados. Os procedimentos administrativos de contratação direta utilizaram-se de uma única justificativa para fundamentar as avenças, qual seja, “evitar a descontinuidade dos serviços de educação à população deste município”, sem fornecer explicações sobre como os serviços promoveriam a continuidade do serviço de educação;

ii) direcionamento da contratação, uma vez que os atos inaugurais dos procedimentos de dispensa apontavam os nomes das pessoas a serem contratadas;

iii) ausência de justificativa para preferência dos contratados, visto que no município existiam inúmeros profissionais com aptidão para prestar tais serviços sem qualquer justificativa lícita para a preferência;

iv) experiência administrativa dos demandados, o que afastaria arguição de desconhecimento dos deveres de licitar.

No tocante às condutas, apontou-se que o ex-alcaide prolatou atos administrativos no bojo dos procedimentos de dispensa de licitação, que autorizavam a celebração dos ajustes, bem como das respectivas prorrogações dos contratos reputados irregulares, coadunando com a burla ao procedimento licitatório.

O então gestor de despesas assinou os contratos administrativos e os termos aditivos, por meio de ato delegado para essa atribuição.

Os procuradores municipais, advogados contratados pelo Município à época, foram acionados porque prolataram pareceres jurídicos favoráveis às contratações e aos aditivos, em desrespeito ao previsto na Lei 8.666/93.

Em sede defensiva, quanto ao dolo, o ex-alcaide e o ex-ordenador de despesas sustentaram não ter ficado caracterizado o elemento subjetivo apto a configurar a improbidade administrativa, de forma genérica. Alegaram, ainda, a inocorrência de ato de improbidade e a ausência de lesão ao erário.

Os advogados e procuradores municipais negaram o elemento subjetivo, ao argumento de que os pareceres jurídicos emitidos tinham cunho consultivo e não vinculativo, motivo pelo qual não poderiam responder solidariamente com o administrador pelo ato impugnado, pois este tem liberdade para praticar o ato administrativo.

No julgamento do caso em tela, o juízo de instância ordinária julgou improcedentes os pedidos e absolveu os demandados da conduta reputada ímproba.

O magistrado de primeiro grau entendeu que os demandados não praticaram atos de improbidade administrativa, que não teria sido comprovado o dano ao erário, tampouco o elemento subjetivo, traduzido na demonstração da culpa ou dolo.

Asseverou que ficou demonstrado que a Administração realizou um procedimento preparatório à dispensa, com publicação do ato, permitindo assim a concorrência entre os interessados. Ainda, o procedimento prévio à dispensa teria obedecido aos princípios da publicidade e da impessoalidade, com execução dos serviços, empenho e cadastros das despesas nos sistemas pertinentes.

Aduziu que o autor não logrou comprovar que a contratação se deu para escapar a realização de licitações, prova tida como essencial para lastrear o pedido de condenação dos réus em improbidade administrativa.

O autor interpôs recurso de apelação, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Em sede de julgamento de apelação, o juízo de segundo instância deu parcial provimento ao apelo e reformou em parte a sentença recorrida, reconhecendo a prática de improbidade pelos ex-gestores e mantendo a absolvição dos procuradores municipais.

Reputou a prática dos tipos previstos nos artigos 10, inciso VIII e 11, *caput*, inciso I, da Lei nº. 8.429/92 pelos gestores municipais.

Contudo, manteve a absolvição dos advogados pareceristas, por entender não caracterizado que a dispensa de licitação ocorreu com fundamento direto nos pareceres jurídicos, inexistindo prova da conduta dolosa dos pareceristas ou, ainda, a demonstração de que os pareceres continham erros grosseiros a ponto de atribuir responsabilidade aos referenciados réus/advogados.

Os argumentos esposados no voto do relator serão, doravante, analisados pormenorizadamente. Almeja-se debater se e como os critérios objetivos apontados no item anterior foram empregados, a fim de traçar os pressupostos que levam a atribuir os elementos cognitivo e volitivo da conduta dos agentes públicos condenados pela prática de improbidade.

Num primeiro aspecto, é necessário analisar o contexto da ação, nele inserido seus antecedentes e consequentes.

Considerando-se que a ação humana é necessariamente ordenada segundo determinados fins, apenas por meio da compreensão casuística da postura e da situação de determinado agente público, enquanto destinatário da norma jurídica, é possível averiguar a existência, ou não, de dolo e de má-fé e, por consequência, de improbidade administrativa.

Diante da impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, o elemento subjetivo há de ser individualizado pelas circunstâncias do caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas, como a *longa repetitio* e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão²⁵⁷.

No caso analisado, o desembargador relator pontuou que a Secretária Municipal de Educação solicitou ao então prefeito a contratação de pintor, bombeiro hidráulico, eletricista e pedreiro, para manutenção de todas as unidades de ensino daquela municipalidade.

Foi frisado pelo julgador o fato de que constava da solicitação a especificação das pessoas que a Secretária gostaria que fossem contratadas, assim como os seus salários.

Prossegue o desembargador em sua contextualização dos fatos ao apontar que o prefeito determinou ao ordenador de despesas que certificasse a situação orçamentária e autorizasse a instauração de processo de contratação dos profissionais relacionados pela Secretária.

Por determinação do ordenador de despesas, o Chefe de Execução Orçamentária emitiu declaração informando a existência de verba para despesas com equipamentos e materiais permanentes destinados à manutenção da Secretaria de Educação. Nesse contexto, o ordenador autorizou a realização de contratações por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº. 8.666/93 (emergência ou calamidade pública) – autorização esta ratificada pelo então prefeito, sob a mesma justificativa.

Na sequência, foi ordenado pelo ex-alcaide o encaminhamento da autorização à Comissão Permanente de Licitação. Em continuidade ao procedimento, os pedidos de contratações foram direcionados ao setor jurídico, quando um advogado exarou parecer sobre

²⁵⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 434.

a contratação de pintor e de bombeiro hidráulico, enquanto o outro prolatou parecer para contratação de dois pedreiros e dois eletricitas.

Ambos pareceres opinaram pela dispensa de licitação, também sob o fundamento de situação emergencial.

Após, o ordenador de despesas determinou a convocação dos prestadores de serviços para assinatura dos contratos, sendo observado que todos os atos administrativos do procedimento foram realizados na mesma data da respectiva contratação.

O relator entendeu que as seis contratações realizadas, assim como suas prorrogações, não observaram as disposições contidas no artigo 24, IV, e, também, nos artigos 26 e 57, II, da Lei nº. 8.666/936, porquanto não caracterizada a noticiada emergência, assim como não justificada a escolha dos prestadores de serviço, tampouco os valores pagos. Ressaltou a inexistência de prova de prévia cotação de preços de mercado.

Da parte até então destacada do voto, diversos indicativos do dolo podem ser extraídos do contexto da ação.

Como antecedente da ação, destacou-se que os nomes das pessoas que seriam admitidas foram indicados desde o ato inicial do procedimento administrativo de dispensa, sem qualquer seleção prévia devidamente fundamentada.

Os agentes, enquanto gestores públicos com conhecimento prévio das normas de contratação direta, afastaram-se do domínio da técnica que permeia o procedimento de dispensa de licitação, previsto no artigo 26, parágrafo único, incisos I, II e III da Lei nº 8.666/93, que expressamente prevê que tais processos serão instruídos com a razão da escolha do fornecedor ou executante e com a justificativa do preço.

A indicação dos valores da contratação não foi precedida de pesquisa de preço de mercado ou com exposição de compatibilidade do serviço contratado com o montante a ser pago.

Pela utilização dos jogos de linguagem, é possível deduzir que houve escolha prévia dos contratados, sem qualquer exposição de motivos razoáveis.

Outro argumento que reforça a consciência do dolo é que, mesmo diante do dispositivo acima citado, os agentes não fundamentaram situação de emergência ou calamidade que justificasse a contratação.

Embora os serviços contratados sejam relevantes (reparos hidráulicos ou elétricos), não foram deduzidos quaisquer esclarecimentos sobre a urgência desse serviço para que as escolas funcionem sem risco aos usuários, de modo que eventual procedimento licitatório seria inadequado pela situação emergencial.

Outro ponto da circunstância do fato, sob o prisma de consequentes da ação, foi muito bem pontuado pelo relator.

Afirmou que, em caso de suposta ausência ou escassez de servidores para efetuar serviços de pintura, eletricitista, bombeiro hidráulico e de pedreiro, competiria aos indigitados gestores públicos optar por aumentar seu quadro de funcionários, abrir procedimento licitatório para contratação de empresa que suprisse tal necessidade, ou, então, se fosse o caso, instaurar o competente procedimento para dispensa de licitação com a devida observância do regramento.

Contudo, nenhuma dessas providências foi adotada, colocando em descrédito a alegada situação de urgência genericamente invocada no procedimento administrativo.

Quanto ao dolo, o relator, citando posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, reputou presente o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública.

Asseverou ser dever do agente público, sobretudo do agente político, conhecer minimamente as normas e protocolos que deve seguir em seu ofício, zelando pelo patrimônio público, assim como pelos princípios norteadores da Administração Pública.

Nesse aspecto, em que pese o argumento esposado no voto, é de se ponderar que a invocação de conhecimento do agente sobre seus deveres, de forma genérica e absoluta, pode levar a uma responsabilização objetiva, pela assunção do risco de que toda e qualquer infração à norma que rege a Administração Pública gera improbidade, sem reputar os demais elementos contextuais da ação.

Essa equiparação de dolo eventual com exclusiva violação a norma objetiva leva a círculo vicioso, compreendido da seguinte forma: ao agir de forma contrária a uma lei, o agente público viola o dever de observar os princípios que regem a Administração Pública; mesmo que não se tenha indicação de que a vontade do autor se dirigiu a uma finalidade específica, era certo que competia a ele conhecer os ditames da lei (ou da interpretação que dela tem o órgão julgador); no mínimo, o agente público deveria saber que o resultado da ação poderia acarretar o fim contrário à norma²⁵⁸.

Contudo, não se pode admitir a presunção absoluta de dolo eventual em decorrência de mera violação normativa. A violação objetiva da norma não pressupõe, por si só, que a conduta tenha sido praticada com o conhecimento dessa circunstância²⁵⁹, fazendo-se necessário analisar outros pormenores da ação.

A interpretação de dolo eventual como presunção absoluta de conhecimento das normas leva à banalização da Lei nº 8.429/92.

Indicador de que a violação à norma se deu mediante dolo, ainda que eventual, é a análise se o agente dominava a técnica ou o tinha conhecimento técnico da ação tomada.

Não se exige que o agente seja perito ou especialista nesse conhecimento, mas, ao menos, que saiba as normas mínimas regentes aplicáveis na espécie.

O critério de aferição do dolo consistente na eventual confissão do agente não foi preenchido no caso ora analisado.

Pelo cotejo do ilícito com as técnicas que os agentes dominavam, o dolo pode ser atribuído segundo a experiência administrativa dos agentes públicos demandados, o que afasta eventual alegação de desconhecimento que as contratações públicas eram regidas pela Lei nº 8.666/93 à época, a qual, por seu turno, exige caracterização da situação emergencial, da escolha do fornecedor e do preço contratado para justificarem a contratação direta, como já ressaltado.

Por fim, como indicativo do elemento subjetivo, analisa-se se houve alguma manifestação externada pelo agente no sentido de atuar vulnerando o bem jurídico.

²⁵⁸ FERREIRA, Vivian Maria Pereira, *op.cit.*, p.8.

²⁵⁹ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 242.

A vulnerabilidade do bem jurídico não demanda, necessariamente, dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

No caso ora analisado, a conduta importou em vulnerabilidade na lisura da contratação pública, uma vez que a indicação prévia dos prestadores de serviço implicou em direcionamento da contratação, manifesta violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Conforme proposto, a revisão do caso posto tem por finalidade apontar, na situação concreta, os elementos teóricos previamente debatidos como critérios do dolo, percebido como resultado da ação e da linguagem expressa pelos agentes em seus atos, para uma imputação do elemento subjetivo livre que qualquer tentativa de adentrar na psique do agente.

CONCLUSÕES

Conforme explicitado na Introdução, o objetivo da presente dissertação foi traçar contornos teóricos para atribuição do dolo em conduta de improbidade administrativa, por meio de elementos indicativos e objetivos extraídos da motivação do ato administrativo.

À vista do trabalho desenvolvido, seguem as principais conclusões extraídas da pesquisa.

A linguagem jurídica, não se tratando de fruto de uma ciência exata, possui expressões com tessitura aberta, imprecisas ou vagas.

Ainda que haja imprecisão na linguagem, é possível atribuir a essas expressões abertas um sentido determinável. Esse sentido demanda uma valoração do intérprete à luz da situação concreta e representa um elo entre as normas jurídicas de prescrição hipotética com o efeito jurídico que a normas pretende produzir.

A linguagem jurídica é permeada de conceitos jurídicos indeterminados.

São expressões que trazem conceitos vagos, imprecisos, elásticos, de contorno indeterminado, que podem ser encontrados nos mais diversos ramos do direito, tais como como interesse público, prazo razoável, erro substancial, culpa grave, perigo iminente, bem comum, utilidade pública, boa-fé, justo preço, boa conduta.

No âmbito do direito administrativo, os conceitos jurídicos indeterminados são utilizados como técnica legislativa nas normas para que as autoridades administrativas possam adotar soluções, dirimir controvérsias e realiza escolhas com vistas à consecução das finalidades públicas, reputando-se a época, o local e a sociedade por ocasião do exercício.

Pode-se conferir determinabilidade aos conceitos jurídicos indeterminados, por intermédio de densidade e de clareza normativas. A densidade é a atribuição de competência de forma expressa ao administrador. Por seu turno, a clareza consiste na coerência, na intelegibilidade da norma pelos administrados.

A Lei nº 8.429/92, que regulamenta os atos de improbidade administrativa, traz conceitos jurídicos indeterminados na tipologia das condutas delineadas, o que redundará em tipos abertos que demandam análise pelo intérprete.

Improbidade administrativa é o comportamento que viola a honestidade e a lealdade esperadas no trato da coisa pública, seja na condição de agente público ou de parceiro privado.

A improbidade significa a transgressão de deveres que pautam o agente público no exercício de sua função.

A Lei nº 8.429/92 prevê quatro modalidades de atos de improbidade administrativa, a saber: que importe enriquecimento ilícito (artigo 9º), que cause prejuízo ao erário (artigo 10), que acarrete a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ao contribuinte do ISS (artigo 10-A) ou que atente contra princípios da administração pública (artigo 11).

Diante dos tipos abertos de improbidade, para aferição da conduta como ímproba, propõe-se o exame do caso concreto segundo os seguintes aspectos: busca de finalidade pública do ato; garantia de direitos fundamentais; proteção do valor ínsito na norma jurídica. Se um ou mais desses elementos for negativo, trata-se de indicativo de ato de improbidade.

Os atos discricionários, ou seja, praticados segundo a conveniência e a oportunidade do administrador, são passíveis de sindicabilidade judicial e de invalidação, em caso de afronta à ordem jurídica.

Além disso, os atos discricionários podem analisados sob o aspecto da probidade e seus agentes podem ser responsabilizados caso considerados como contrários ao interesse público, transgressores de direitos fundamentais ou afrontosos a valores decorrentes da norma violada.

A improbidade administrativa importa na violação de princípios regentes da atividade estatal, como o princípio republicano, o princípio da legalidade, o princípio da moralidade, o princípio da publicidade e o princípio da eficiência.

A moralidade administrativa é o dever de ética que rege a atuação do administrador público, o qual tem por imperativo integrar o móvel de sua atuação com o objetivo de bem administrar.

A eficiência significa o aproveitamento ótimo de recursos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados pelo agente público.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece as seguintes sanções, aplicadas isolada ou cumulativamente: perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos, ressarcimento do dano, perda função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e multa civil.

As sanções da improbidade não se confundem com sanções civis, tampouco com sanções do direito administrativo sancionador.

As sanções de improbidade administrativa igualmente não têm caráter penal. Elas se situam no ponto entre as sanções cíveis e penais, porém mais próximas destas.

Isso porque muitos ilícitos de improbidade também são tipificados como crimes. Enquanto o direito civil busca tutelar o ressarcimento ou reparação de danos causados, as sanções penais impõem castigos.

Além do enquadramento do fato no tipo legal, para que uma conduta seja reputada ímproba, deverá ter sido praticada em contrariedade com as normas, com o direito e com os princípios regentes da atividade estatal, ou seja, contrária à juridicidade.

A juridicidade administrativa impõe a atuação da Administração e do agente público não somente conforme a lei (legalidade estrita), mas também conforme o Direito como um todo, vertendo-se em dever-poder substancial do administrador de realização do texto constitucional.

Consagra-se o princípio da legalidade no sentido material, que supera a visão tradicional da legalidade administrativa como uma vinculação positiva à lei. Busca-se, com isso, a tutela e a supremacia de direitos fundamentais.

A responsabilização por improbidade é subjetiva, devendo haver demonstração do vínculo subjetivo por dolo ou culpa.

Nos tipos dos artigos 9º, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/92, exige-se dolo e no tipo do artigo 10, exige-se dolo ou culpa.

Para o Superior Tribunal de Justiça, que se debruçou a traçar definições do dolo no julgamento do Recurso Especial nº 765.212, o dolo a que se refere a legislação é genérico, pois não demanda finalidade específica (dolo específico).

A leitura atenta dos votos do julgamento desse caso revela dissonância da definição de dolo pelos ministros.

Segundo o voto da lavra do Ministro Mauro Campbell Marques, do qual foram extraídas as premissas do entendimento da Turma julgadora, dolo é a vontade consciente de praticar determinada conduta, apta a produzir resultados descritos no tipo, ou pela concordância do agente de que os resultados serão atingidos.

Para o Ministro Mauro Campbell Marques, voluntariedade não se confunde com vontade. O dolo é, ainda, desonestidade ou má-fé.

A despeito da conclusão acima do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que a má-fé não se confunde com o dolo do ato de improbidade. O dolo consiste na vontade deliberada da prática do ato, enquanto a má-fé expressa os objetivos almejados pelo agente.

O elemento subjetivo estabelece o vínculo entre o agente público e a conduta ilícita. De outro lado, a má-fé é analisada para aferição da reprovabilidade, ou não, da conduta, o que justifica, ou não, a incidência do sistema sancionador da Lei nº 8.429/1992.

A má-fé, por consistir em um juízo valorativo negativo e reprovável, ao vincular o agente ao resultado de sua conduta, apenas se compatibiliza com o atuar doloso.

Ato administrativo, em sentido restrito, é toda declaração unilateral de vontade do poder público, no exercício das atividades administrativas, gozando de todas as prerrogativas de direito público, para fiel execução do disposto na lei, sujeito a controle jurisdicional, excluindo-se os atos gerais e abstratos e os atos convencionais ou acordos firmados pela Administração Pública.

O ato administrativo é composto dos seguintes elementos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Motivo do ato administrativo é o pressuposto de fato e de direito que fundamenta a prática do ato pelo agente.

O móvel distingue-se do motivo. Refere-se à intenção, ao propósito do agente que praticou o ato, à representação psicológica e interna do agente.

Motivação é a formalidade do ato consistente no dever de indicação dos pressupostos de direito e fato determinantes da decisão.

O dever de motivação é extraído dos princípios do processo administrativo, previstos no artigo 5º, inciso XLV a XLVII, LIII a LVI, LX da Constituição Federal e textualmente no artigo 2º, inciso VII e no artigo 50, ambos da Lei nº 9.784/99.

O dever de motivação viabiliza o direito de informação do administrado. Ainda, consagra o princípio da separação de poderes, ao permitir que o ato seja revisto pelo Poder Judiciário, o princípio da impessoalidade, do princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o princípio da publicidade.

A obrigatoriedade de motivação abrange tanto os atos vinculados quanto os discricionários, os restritivos e os ampliativos de direito.

Segundo a teoria dos motivos determinantes, a motivação do ato importa sua vinculação, de forma que se o agente indica os motivos de sua decisão, mesmo que a lei não o obrigue a assim proceder, o ato apenas será válido se os motivos realmente existirem e justificarem sua expedição.

A motivação exige a observância de alguns requisitos genéricos, quais sejam, explicitação, clareza, congruência com graus adequados de certeza e segurança para viabilizar seus fins, além de requisitos específicos em alguns casos.

Decisão administrativa é a manifestação da vontade administrativa dirigida a empreender uma ação pela entidade decidente, articuladamente, no procedimento, que visa a realizar a finalidade de interesse público primário.

A decisão administrativa é pautada por princípios informadores, que regem a própria atuação administrativa, como a boa-fé, o interesse público, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, a moralidade.

O dever de fundamentação possui duas dimensões: formal e material. A dimensão formal consiste na apresentação dos pressupostos de fato e de direito, com a exposição de fundamentos possíveis ou de motivos coerentes. A dimensão substancial exige a existência de pressupostos reais e de motivos concretos que dão suporte a uma decisão legítima.

A decisão administrativa é um exercício coerente do desenvolvimento do procedimento, e reclama a análise das manifestações presentes no procedimento, tais como pareceres, laudos técnicos, observações manifestadas por entidades públicas ou particulares.

O ramo que se debruçou no estudo de definição do dolo foi a doutrina penal, na qual se buscam as bases teóricas para compreensão e definição do dolo, que possam ser transpostas para a teoria das improbidades.

Segundo o sistema clássico, desenvolvido por Franz von Listz, o crime era composto por duas partes. A parte objetiva era integrada por elementos da ação, tipicidade e antijuridicidade. A parte subjetiva era composta pela culpabilidade, consistente na vinculação psicológica entre o fato e o resultado. A culpabilidade tinha como formas de manifestação o dolo e a culpa.

O sistema finalista proposto por Hans Welzel entendia que a ação seria traduzida num comportamento dirigido pela vontade do autor. Dividiu-se o tipo penal em objetivo e subjetivo. O dolo e a culpa integravam o estrato da tipicidade, ou seja, o tipo subjetivo.

Segundo o funcionalismo teleológico, fundado por Roxin, o Direito penal tem por função garantir a proteção a bens jurídicos. A tipicidade é regida por critérios teleológicos e o dolo está na tipicidade, sendo composta pelos elementos cognitivo e volitivo.

O funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Günther Jakobs, sustenta que o Direito penal deve estar atrelado à função de proteção do bem jurídico penal, que é precisamente a norma penal. Para essa doutrina, o dolo é integrado apenas pelo elemento cognitivo, prescindindo do elemento volitivo, pois a atuação dolo pressupõe o simples conhecimento da ação e seus resultados.

As teorias sobre dolo desenvolvidas no Direito Penal podem ser divididas nas teorias psicológicas e nas teorias normativas.

As teorias psicológicas reputam o dolo como psicológico, podendo, ainda, haver a distinção entre as que identificam o dolo como um determinado estado mental (teorias psicológico-volitivas) e aquelas que identificam o dolo como uma determinada projeção psicológica do curso causal pelo autor do delito (teorias psicológico-representacionistas).

Pelas teorias normativas, o dolo é atribuível a alguém. As teorias normativas desenvolveram-se em duas espécies, normativo-volitivas e normativo-cognitivas.

As primeiras (normativo-volitivas) sustentam a necessidade um elemento cognitivo e volitivo para o dolo e uma valoração normativa da vontade para a imputação subjetiva. As teorias normativas propõem o abandono do elemento volitivo do dolo, composto apenas pelo elemento cognitivo.

No âmbito civil, o dolo é um defeito do negócio jurídico, um vício de vontade, consistente em manobras engendradas por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro, e leva à anulação do negócio jurídico.

O dolo da improbidade é composto por consciência e vontade. Propõe-se a adoção da teoria da conduta do finalismo para a adoção da definição do dolo penal na teoria da improbidade.

Conduta voluntária não se confunde com conduta dolosa. Vontade não é sinônimo de intencionalidade.

A voluntariedade depende que tenha sido praticada pelo agente, livre de qualquer coação física, enquanto a conduta dolosa pressupõe consciência e vontade, isto é, que seja finalisticamente direcionada.

Defende-se no presente trabalho a adoção da filosofia da linguagem, conforme proposições de Wittgenstein, como base para a imputação do elemento subjetivo.

A filosofia da linguagem permite concluir que o dolo não é um fato, mas a atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, no qual se expressam conhecimento e vontade.

Pela filosofia da linguagem, o dolo se expressa pela ação e pela linguagem. Logo, o dolo não é psicológico.

O elemento cognitivo do dolo significa que o conhecimento que o sujeito tem do mundo deriva de um sistema de referência linguístico, em uma relação sujeito-sujeito.

O uso comunicativo da linguagem estabelece o conhecimento, pois o acesso imediato ao mundo ocorre por meio de processos linguísticos e pelo contexto linguisticamente construído de nossas formas de vida.

O elemento cognitivo pode ser composto em “saber o que” e “saber como”. “Saber o que” implica no conhecimento como consciência das circunstâncias. “Saber como” representa o domínio de uma técnica, pelo qual o agente pode dimensionar sua capacidade de fazer previsão e, assim, assumir a responsabilidade pelo resultado.

Além do elemento cognitivo, o dolo é integrado pelo elemento volitivo, que se traduz na intenção.

A intenção é o compromisso para com a realização do resultado, ou seja, com um querer dirigido à produção do resultado. Trata-se de uma manifestação linguística pela qual o sujeito apresenta uma forma de intervenção no mundo, por meio de uma ação.

A vontade se expressa na ação e deve ser compreendida de forma contextualizada, por meio de jogos de linguagem.

A compreensão dos elementos do dolo à luz da filosofia da linguagem afasta o processo mental, inacessível a terceira pessoa que não o autor, e busca afirmar o caráter público do querer e do saber.

Por meio do delineamento da fundamentação, buscam-se os elementos que levam à valoração do dolo na conduta reputada como ímproba, sob a perspectiva da teoria da linguagem, uma vez que o agente público, nos atos administrativos escritos, participa dos jogos de linguagem por meio dos fundamentos de fato e de direito trazidos, ou não, na motivação do ato.

Adotando-se as premissas da teoria da linguagem, da motivação do ato administrativo podem ser extraídos indicadores de valoração do dolo para perquirir se determinada conduta configura improbidade pelo agente público.

Por vezes, a inadequação dos motivos declinados no ato importa não apenas o desvio de finalidade, mas redundando em ato de improbidade.

A consciência pode ser atribuída pela valoração de que o agente tinha ciência do dever de cumprimento dos requisitos mínimos da fundamentação de direito e de fato, dominava técnica, sabia como fazê-lo, e assim não o fez.

A intenção consiste na escolha de um ato, deduzida da motivação ou da omissão dolosa desta, cuja finalidade esteja em desarmonia com a previsão abstrata da norma, com a busca do bem comum e com a moralidade administrativa.

O exame do dolo na improbidade ocorre sempre à luz do caso concreto.

Sugere-se a análise dos seguintes aspectos como critérios objetivos para identificação do dolo: o contexto, as explicações e as confissões do agente, o cotejo da conduta frente as técnicas que o autor dominava e a averiguação de uma manifestação externa que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico e a probidade administrativa.

O agente público que delega um ato administrativo assume o dever de garante e, caso não exercida a fiscalização correta do ato, pode incorrer em improbidade administrativa.

O dever de agir decorre da atribuição legal dos deveres de cuidado, proteção ou vigilância do bem jurídico.

Quando o agente não exerce o dever de fiscalização para, propositadamente, distanciar-se do fato ímprobo e evitar que o conhecimento de suas circunstâncias chegue a si, a valoração da omissão dolosa pode ser feita mediante a utilização da teoria da cegueira deliberada.

A omissão não pode ser presumida, de sorte que são apontados os seguintes identificadores para se vislumbrar o dolo pela teoria da cegueira deliberada: que o desconhecimento quanto aos elementos do tipo seja vencível ou evitável, que o agente saiba que tinha o dever de ser capaz de sofrer a imputação, e que tivesse o conhecimento geral do dever jurídico de abstenção de cometimento da conduta típica.

O dolo eventual se caracteriza quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, ou seja, baseia-se na eventualidade da produção do resultado. A avaliação desta espécie de

dolo deve ser feita com base em indicadores objetivos que demonstrem a assunção do risco pelo agente.

No dolo eventual, o sujeito age, ainda que em dúvida quanto à produção do resultado, mas se compromete com o risco de consecução desse resultado. Pela filosofia da linguagem, a dúvida do agente não pode ser interna, mas intersubjetiva.

O dolo eventual perpassa por um prognóstico positivo, duvidoso e intersubjetivo pelo agente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <http://www.direitdoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 13 nov.2019.

BOMFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte. Volume XIII, número 1, julho de 2020, p. 181/206. Disponível em <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05.10.1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 20 nov.2019.

BRASIL. Lei nº 9.784, 29 de janeiro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 21 jun.2019.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 7/2005. Disponível em Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/187#:~:text=RESOLVE%3A-Art.,nulos%20os%20atos%20assim%20caracterizados>. Acesso em 20 dez.2020.

BRASIL. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2007/Lei/111494.htm. Acesso em 10 dez.2020.

BRASIL. Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2007-2010/2010/decreto/d7203.htm. Acesso em 20 dez.2020.

BRASIL. Instrução Normativa nº 13, de 7 de novembro de 2012. Disponível em <https://www.tcmgo.tc.br/site/wp-content/uploads/2017/08/IN013-2012.pdf>. Acesso em 20 dez.2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em 20 dez.2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.279, da 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, julgado em 13.05.2008, publicado em 21.05.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1.207.683/CE, 1ª Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 24.11.2015, publicado em 11.12.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151, da 1ª Turma, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.04.2006, publicado em 06.06.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212, da 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02.03.2010, publicado em 23.06.2010, p.23-24.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.660.398 – PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27.06.2017, publicado em 30.06.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.657.171, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 26.10.2020, publicado em 28.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação cível nº 5267147.88.2016.8.09.0162. 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Alan Sebastião de Sena Conceição, julgamento em 17.10.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0471.03.013621-5/003, Relatora Desembargadora Maria Elza, julgado em 28.01.2010, publicado em 19.02.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 299.666-5/5-00, 1ª Câmara de Direito Público, relator Des. Franklin Nogueira, julgado em 30.08.2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 299.666-5/5-00, 1ª Câmara de Direito Público, relator Des. Franklin Nogueira, julgado em 30.08.2005.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

_____. *Dolo e significado*. In: *Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p.81.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia de linguagem*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. *Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário*. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997, t.2.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional: teoria geral do estado e da constituição*. Vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JUNIOR, José. *Do ato administrativo*. São Paulo: José Bushtsky, 1977.

_____. *Dos atos administrativos especiais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo: para uma teoria da decisão administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Contributo para uma ontologia unitária da imputação do ilícito*. In: *Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos: Serviços Públicos e concretização de Direitos fundamentais*. Volume 2. Curitiba: CRV, 2020.

_____. *Processo administrativo: Lei 9.784/99*. São Paulo: Thomas Reuters, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa*. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). *Supremacia do interesse*

público e outros temas relevantes de Direito Administrativo. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010, p. 184-185.

_____. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83/106, jan./jun. 2012.

_____. *Direito administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. *A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização*. In: Dolo e direito penal: modernas tendências. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. II. 13ª edição. Madrid: Civitas, 2013.

FAGUNDES, M. Seabra. *Conceito de mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, volume 23. Editora FGV. 1951, p.1. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>. Acesso em 08 jun.2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *O Poder legislativo, o Tribunal de Contas e o Controle da Responsabilidade Fiscal*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v.40, n.3, p.125-159, jul./set. 2001.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. Rev. Direito GV, vol.15, nº 3 São Paulo, 2019, p.9-10. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211. Acesso em 15 dez.2020.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 18. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7ª edição. Tomo I, volume I. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARCIA, Emerson. *A relevância da má fé no delineamento da improbidade administrativa*. IR. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 47-65, jul.-set. 2012, p.54. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista59/revista59_47.pdf. Acesso em 12/12/2020.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública - O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Conceito jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo - vol. 2, Nov/2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Edgar. *Contratação direta: comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível*. Curitiba: Negócios Públicos, 2013.

HABERMANS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMANS, Jürgen. *Teoria de Lá Acción Comunicativa: crítica de la visión funcionalista*. Vol. II. Madrid: Taurus, 1992.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Editora RT/Thomson Reuters, 2013.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução para o espanhol de Joaquim Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KORSGAARD, Christine M. *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*. New York: Oxford University Press, 2008.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 4ª edição. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editora Reus, 1999, t. II.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *A motivação e a lei do processo administrativo, in Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9,784/99*, organizadores Irene Patrícia Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

_____. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Dever de decidir*. In NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs.). *Processo administrativo temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 16. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.360.

_____. *Improbidade administrativa*. 2ª edição. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PALMA, Maria Fernanda. *Dolo eventual e culpa em direito penal*. Problemas fundamentais do direito penal. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p.122.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 33, rev., atual. Language: Portuguese, Base de dados: Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984298/cfi/6/92!/4/66/2@0:0>. Acesso em 20 dez.2020.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo*. In: *Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

PINTO, Élide Graziane. *Alertas e Controle Concomitante da Administração Pública*. Disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal/revistaeletronica2/doc/03.pdf>. Acesso em 20 dez.2020.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 300.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p.33.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do desvio do poder em direito administrativo*, p. 57. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>. Acesso em 12 jun.2020.

RODRIGUES, João Gaspar. *Publicidade, transparência e abertura na administração pública*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89/23, maio/ago 2014.

ROXIN, Claus. *Culpabilidade e prevención em derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, Mário Henrique Malaquias da. *O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1.

SOARES, Jucelino Oliveira. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade aos crimes financeiros*. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019, p.109-128. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/12/ARTIGO-6.pdf>. Acesso em 05 jan.2021.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O princípio constitucional da publicidade e propaganda do Governo*. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV - nº 4, p. 64/76, 2007.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e proibidade administrativa*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. Versão eletrônica. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203365/cfi/136!/4/4@0.00:60.6>. Acesso em 5 dez.2020.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações públicas comentadas*. 9ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VARELA, Lorena. *Norma e imputación en el conocimiento del tipo*. 2015. 803f. Tese (Doutorado em direito penal). Faculdade de Direito da Universidade Pompeu Fabra, 2015.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever de fundamentação expressa do acto administrativo*. Lisboa: Almedina, 2007.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Volume 1, São Paulo: IBEST, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

_____. *Reexame do dolo*. In: Dolo e direito penal: modernas tendências. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

WITTGENSETIN, Ludwig. *Últimos escritos sobre a filosofia da psicologia*. Tradução de Antônio Marques, Nuno Venturinha e João Tiago Proença. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

_____. *Da certeza*. Tradução Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. *Investigações filosóficas*. Tradução João José R. L. de Almeida. Wittgenstein Translations. Número 339, p. 194-195. Disponível em <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. Acesso em 10 nov.2020.

_____. *Los Cuadernos azul y marrón*. Madrid: Ed. Tecnos, 2003.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.