



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

CAMILA ALVES DE OLIVEIRA

**Improbidade Administrativa: Dificuldade da responsabilidade subjetiva do
agente**

Recife
2024

CAMILA ALVES DE OLIVEIRA

Improbidade Administrativa: Dificuldade da responsabilidade subjetiva do agente

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal e Administrativo

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Recife

2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Oliveira, Camila Alves de.

Improbidade Administrativa: Dificuldade da responsabilidade subjetiva do agente / Camila Alves de Oliveira. - Recife, 2024.

47 p.

Orientador(a): Teodomiro Noronha Cardozo

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2024.

1. Direito Administrativo Sancionador. I. Cardozo, Teodomiro Noronha. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

CAMILA ALVES DE OLIVEIRA

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: Dificuldade da responsabilidade subjetiva
do agente**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 18/03/2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Manoel de Oliveira Erhardt (Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

A Deus pois sem ele não estaria viva para ver esse momento , que esteve presente em tudo, guiando-me para os caminhos que me encontro, a Ele toda honra e Poder. Aos meus pais, pelo apoio incensante desde sempre, pelo amor e por vibrar pelas minhas conquistas. Tudo por vocês. Ao meu namorado, pelo incentivo e por se fazer presente. Ao professor Dr. Teodomiro Cardozo, pela orientação acadêmica, pelo ânimo no assunto, apoio e confiança, que honra sua profissão de magistério com muita garra, força de vontade e amor pelo que faz, é perceptível a qualquer aluno.

RESUMO

O presente trabalho aborda o estudo da responsabilidade subjetiva do agente com as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 no que se refere aos tipos de improbidade administrativa constantes da Lei nº 8.429/1992, com a exclusão da culpa para caracterização da improbidade por prejuízo ao erário e a fixação de tipos taxativos para configuração da improbidade por violação de princípios com a exigência de dolo específico. Valendo-se de uma pesquisa exploratória-bibliográfica, orientada pelo método hipotético dedutivo de Karl Popper serão analisados os delineamentos da improbidade administrativa, do dolo e as implicações da alteração proposta. Apresenta-se uma visão crítica das referidas alterações, a partir do enfoque nas correntes do dolo, questionando-se as consequências que poderão advir e os riscos de transformação da Lei de Improbidade em instrumento desprovido de qualquer eficácia. Para a análise do elemento subjetivo, o dolo, será destacada a importância da utilização do Direito Administrativo Sancionador e dos parâmetros delineados no Direito Penal acerca do cumprimento dos requisitos da vontade e da consciência da ilicitude, ainda que potencial, que autorizarão a incidência das sanções administrativas previstas na lei de improbidade.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Do Poder Sancionador do Estado; Consciência da antijuridicidade do dolo na improbidade administrativa.

ABSTRACT

This work studies the subjective liability of the agent with the changes brought about by Law No. 14.230/2021, with regard to the types of administrative improbity contained in Law No. 8,429/1992, without provision for the culpable modality to characterize improbity for damage to the treasury, and the establishment of tax types for the configuration of improbity for violation of principles with the requirement of specific intent. The research is guided by Karl Popper's hypothetical deductive method, analyzing the outlines of administrative improbity, malice, and the implications of the proposed change. A critical view of these changes is presented, focusing on the currents of malice, questioning the consequences that may arise and the risks of transforming the Improbity Law into an instrument devoid of any effectiveness. For the examination of the subjective element, intent, the importance of using Administrative Sanctions Law and the parameters outlined in Criminal Law regarding compliance with the requirements of will and awareness of unlawfulness, even if potential, which will authorize the incidence of the administrative sanctions provided for in the improbity law, will be highlighted.

Keywords: Administrative improbity; The state's power to sanction; Awareness of the unlawfulness of intent in administrative improbity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	FONTES DA SANÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	13
2.1	PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	13
2.1.1	Formal	14
2.1.2	Material	15
2.1.3	Princípio da razoabilidade e devido processo legal material	16
2.2	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	17
2.3	DA TIPICIDADE	19
2.4	DO ILÍCITO ADMINISTRATIVO, CIVIL E PENAL	19
2.4.1	Ilícitude formal	22
2.4.2	Ilícitude material	22
3	TEORIAS DO DOLO NO DIREITO PENAL	24
3.1	TEORIA DA VONTADE	26
3.2	TEORIA DA REPRESENTAÇÃO	26
3.3	TEORIA DO CONSENTIMENTO	27
3.4	ESPÉCIES DE DOLO	27
3.4.1	Dolo direto e eventual	28
3.5	Elementos do dolo	28
3.5.1	Elemento cognitivo	29
3.5.2	Elemento volitivo	29
3.6	DOLO DIRETO COM FIM ESPECIAL DE AGIR	29
3.6.1	Características	30
4	DO PODER SANCIONADOR DO ESTADO	33
4.1	DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE	34
4.2	DA CULPABILIDADE ADMINISTRATIVA	35
4.2.1	Da sanção Administrativa	35
4.3	PARALELO ENTRE AS LEIS 8.429/92 E 14.230/2021	36
4.4	A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE DO DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	39
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

A corrupção no Brasil, vem desde os primórdios da civilização, com a chegada dos portugueses ao marco chamado "descobrimento", que depois, vê-se que não passa de uma farsa, pois o termo correto seria "invasão", pois já havia povos no lugar. Desde cedo nos quadrinhos infantis fora ensinado de um jeito engraçado, naturalizando essa conduta, a exemplo do Zé Carioca. Infelizmente no meio jurídico, vem se reverberando essa característica corruptiva, pois a lei que outrora foi eficaz para o combate desse mal, hoje dá margem para o mesmo. Da Matta (1986) define o jeitinho como um modo de navegação social associado a estratégias para se desvencilhar da burocracia pública.

A publicação da lei 14.230/21 veio a mudar profundamente um dos dispositivos jurídicos de combate à corrupção no Brasil: a lei 8.429/92. Pode-se cogitar, inclusive, devido ao grande número de modificações, que temos uma nova lei de Improbidade Administrativa (LIA) em vigência a partir de agora. Das muitas alterações que surgiram no novo regime jurídico do trato do problema da improbidade, uma se destaca não apenas pela novidade, mas, também, pela alteração na inclinação geral do instrumento no que tange à punição da vontade ilícita dos agentes públicos.

A priori, a Lei 14.230, disserta sobre as infrações e sanções administrativas. A grande questão é se as sanções são adequadas para o contexto atual. No Código Penal, o dolo e a culpa são os elementos subjetivos da conduta criminosa, quanto o dolo há uma intenção de produzir o resultado, a culpa é um resultado de três hipóteses: imprudência, imperícia e negligência. Com o advento da Lei 14.230 de 2021, a culpa foi excluída para caracterização de improbidade administrativa.

A redação original da Lei nº 8.429/1992 reprimia três modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que levam ao enriquecimento ilícito (art. 9º), os que geram prejuízo ao erário (art. 10) e aqueles que violam os princípios administrativos (art. 11). Quanto aos atos de improbidade geradores de enriquecimento ilícito ou violadores de princípios administrativos, exigiu-se a presença do elemento subjetivo dolo para a sua caracterização. No que se reporta aos atos de improbidade por prejuízo ao erário, a lei admitia também a modalidade culposa.

Apesar de o vocábulo "improbidade" derivar do latim *improbitate*, significando desonestidade, desonradez, falta de probidade, a "improbidade administrativa". Constante da Lei nº 8.429/1992 adquiriu contornos mais amplos. Juarez

Freitas, referiu-se à improbidade como a violação a qualquer um dos princípios, desde que tal violação configure, concomitantemente, um dano mensurável, no aspecto moral ou material, à moralidade administrativa. Desta forma, a improbidade vista através da Lei nº 8.429/1992, atendendo às expectativas constitucionais reveladas pela interpretação conjunta do caput do art. 37 com o seu § 4º, abrangeu não somente aspectos morais, mas também os componentes dos demais princípios que regem a Administração Pública. Com efeito, o ímprobo não seria só o agente desonesto, que se serve da Administração Pública para angariar ou distribuir vantagens em detrimento.

Contudo, com a nova Lei de Improbidade Administrativa, põe-se uma dicotomia entre ilegalidade e improbidade, que não se misturam. Desse modo, contribui para um senso de impunidade para os agentes públicos, pois a simples presunção de dano não presume uma sanção. Ademais, no próprio texto constitucional, tem-se o princípio da moralidade não ligado ao da improbidade, levando a interpretação que o moral não é o mesmo que a probidade. Enquanto a moralidade impõe ao administrador e licitantes nos padrões de moral, boa-fé, honestidade; a probidade volta-se ao administrador que viola através de suas funções.

Entre 180 países analisados, o Brasil ocupou a 96ª colocação no Índice de Percepção da Corrupção (IPC) em 2021, mesmo assim no mesmo ano teve a mudança da Lei de Improbidade Administrativa, colocando como elemento subjetivo somente o dolo específico.

O presente trabalho propõe uma análise crítica das mudanças introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na legislação de improbidade administrativa, especialmente no que diz respeito à responsabilidade subjetiva dos agentes públicos. Anteriormente, a lei contemplava tanto a modalidade de culpa quanto a de dolo, porém, com a nova reforma, passou a responsabilizar subjetivamente apenas os agentes que agiram com dolo, dificultando a comprovação do crime. A relevância do tema é destacada pela sua conexão direta com a administração pública e os potenciais prejuízos ao erário e à sociedade decorrentes de condutas ilegais ou imorais por parte dos agentes públicos.

Adotando o método hipotético dedutivo de Karl Popper, este estudo se propõe a investigar a dificuldade na atribuição de responsabilidade subjetiva aos agentes por improbidade administrativa. Além disso, busca-se compreender as implicações da nova legislação, especialmente ao considerar a exclusão da possibilidade de conduta

culposa e a necessidade de comprovação do dolo com a consciência da antijuridicidade. Por meio da análise das esferas administrativa, civil e penal como ramos independentes do direito, este trabalho visa lançar luz sobre as implicações práticas da Lei nº 14.230/2021 e contribuir para um entendimento mais abrangente sobre o direito administrativo sancionador.

2 FONTES DA SANÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Este capítulo irá abordar as fontes de sanção do direito administrativo sancionador, sob a ótica dos princípios inerentes aos processos judiciais brasileiros, utilizando, para isso, os preceitos contidos no Código Penal e que podem ser aplicados ao direito administrativo.

2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal (*due process of law*) resguarda, no campo das relações sancionatórias, direitos fundamentais em toda sua abrangência, sendo assim, protege os direitos dos acusados e vítimas de maneira equitativa.

A partir da organização de Nações civilizatórias que ele surgiu, e foi se revestindo ao passar do tempo, porque o direito é o povo, se o pensamento é mutável o direito se adequa do mesmo modo. O processo histórico integra essa incursão, pelo fato de reconstruir os institutos jurídicos. Hyman¹, por exemplo, indaga se “devido” seria o processo previsto de acordo com o direito positivo, ou se seria um processo adequado com princípios judicialmente definidos de liberdade e justiça

Esse ideal principiológico está inscrito na Constituição Americana, e representa um elemento fundamental para qualquer ramo jurídico. No âmbito do direito administrativo, a Corte em meados do século XIX, debateu acerca dos limites da extensão, à atividade da administração, do devido processo legal, sobretudo quando se trata de atuação relacionada ao exercício do poder regulamentar e do poder de polícia. Foi necessário que a Suprema Corte decidisse até mesmo que o devido processo legal, no âmbito administrativo, não inclui necessariamente o direito de julgamento pelo júri, sendo possíveis outras formas de procedimento decisório.

Já no início do século XX, a Suprema Corte afirmou, em *Londoner v. Denver*, que, embora a 5ª Emenda² tenha um caráter vago, obscuro e genérico, ela exige,

¹ HYMAN, Andrew. The little word due. In: *Akron Law Review*. vol. 38, 2005, p. 1-51

² O trecho relativo à cláusula do devido processo, na 5ª Emenda, é o seguinte: “nor shall [any person] compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”. Já na 14ª Emenda, o teor da cláusula é “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, ainda em 1945, que as duas referências constituem sinônimos. Cf. *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401. Há, entretanto, controvérsias quanto a essa sinonímia. Ryan Williams realiza um detalhado estudo histórico da edição das duas emendas para concluir que apenas a 14ª tem um significado original amplo o bastante para acomodar uma forma reconhecível de devido processo

como regra geral, que, em algum momento do processo, administrativo ou judicial, o interessado seja, de alguma forma, notificado e tenha a oportunidade de ser ouvido. Essa oportunidade de ser ouvido, também é no Brasil.

Embora a doutrina e jurisprudência pátria já apresentasse discussões acerca do tema, o seu reconhecimento se deu pela Constituição Federal de 1988, consoante expressa disposição do art. 5º inciso LIV e LV. Visa impedir as arbitrariedades do Estado, tais como o abuso de autoridade. Sendo princípio fundamental, considerado cláusula pétrea, ou seja, não pode ser suprimido nem mesmo diante de emenda constitucional.

À época da promulgação da Constituição Federal, a grande novidade acerca do contraditório e ampla defesa foi a sua inserção no processo administrativo, posto que no processo penal e no processo civil a sua obediência já se encontrava há muito consagrada.

2.1.1 Formal

Na ótica formal, se refere ao processo em si, que exige o respeito às garantias processuais, no sentido de forma.

Alguns procedimentos são realizados no princípio, a começar pela notificação ou citação do imputado, garantia dos direitos de defesa, podendo o acusado romper o silêncio, manifestando-se por escrito ou oralmente e a resolução do processo sendo devidamente motivado, ou seja, a enunciação das razões de fato da decisão para que o réu tenha ciência e possa se opor se preciso.

O STF, já tem entendido o devido o processo legal conecto com as garantias do contraditório e ampla defesa, princípios imanentes, embora tenham autonomia formal na CF DE 1988. A subversão do contraditório prévio (art. 17, §7º, LIA) vilipendia o devido processo legal e seus consectários, a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF/88): do agente é retirado o direito subjetivo de, querendo e no prazo legal, apresentar resposta prévia acompanhada de justificativas e documentos e, por consequência, de tentar elidir a rejeição da ação ímproba proposta e ainda não recebida.

legal substantivo. WILLIAMS, Ryan C. The one and only substantive due process clause. In: *The Yale Law Journal*, vol 120, n. 3, 2010, p. 408-512.

2.1.2 Material

Na ótica material se refere a matéria ou a substância, o conteúdo das decisões e sentenças, se é adequado, proporcional e razoável.

O centro do devido processo legal é para construir limites rígidos claros às autoridades sancionatórias, para que não haja conflito de interesses.

O princípio do devido processo legal em sua vertente substantiva foi aplicado pela primeira vez no Brasil, mesmo que não explicitamente declarado, em uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em 1968. O Ministro Themístocles Cavalcanti foi o relator de um habeas corpus (número 45.232-GB) no qual se buscava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 48 da Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 314/67), com base no artigo 150, caput e § 35, da Constituição Federal³.

O referido dispositivo continha a redação seguinte:

A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.

Ao receber a denúncia, o juiz não está requerendo uma prova do crime ou de sua autoria, mas sim dando início a um processo que já implica consequências severas para o acusado. Essas consequências podem perdurar por um período indeterminado, pois o desenrolar do processo muitas vezes é marcado por imprevistos que podem prolongar sua duração.

Submeter uma pessoa que presume-se inocente a uma punição grave de imediato viola o devido processo legal, o qual garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, assegurados o contraditório e ampla defesa. Essa prática vai de encontro aos fundamentos essenciais da justiça, que exigem a certeza da culpa antes da imposição de qualquer sanção.

Por sua vez, o dispositivo constitucional invocado prescrevia: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos

³ LIMA, Antônio Carlos de Araújo. Processo legal e garantias constitucionais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 202-204.

seguintes: “(...) § 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Os direitos são invioláveis, resguardados pelo manto constitucional, sendo a Lei de Segurança Nacional inconstitucional dada sua contrariedade aos direitos supracitados. O Ministro fundamentou sua decisão na jurisprudência dos Estados Unidos, mas também considerou a possibilidade de invocar direitos e garantias não explicitamente mencionados na Constituição brasileira, conforme permitido pelo parágrafo 35 do artigo 150. Além disso, ele destacou particularmente o direito à vida, assegurado pelo caput do mesmo artigo, entre outros direitos fundamentais. O Estado não pode ultrapassar os limites de poder dados a ele, ou seja, abuso de poder por meio do desvio de finalidade ou excesso de competência.

2.1.3 Princípio da razoabilidade e devido processo legal material

O princípio da razoabilidade é conexo com o princípio em questão, representa o juízo do bom senso nas decisões proferidas. E a partir dessa premissa, pode majorar uma pena ou diminuí-la.

A lei em sentido estrito possui uma margem de discricionariedade em relação a penalidade, mais especificamente na LIA no art. 12º, com as modificações recentes, o enriquecimento ilícito, o dano ao erário e a violação dos princípios da Administração Pública tem penas com lacunas.

O enriquecimento ilícito tem como penas a suspensão de direitos políticos até 14 anos, multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios por até 14 anos.

Já o dano ao erário tem como sanção, suspensão dos direitos políticos até 12 anos, multa civil equivalente ao dano e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios por até 12 anos.

Atos contra os princípios são previstos a multa civil até 24 vezes a remuneração do agente e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios por até 4 anos.

Depreende-se desses fatos, que tem uma pena de até X anos ou até X vezes de multa, culminando na razoabilidade, pois cabe ao juiz o bom senso, do caso concreto em suas circunstâncias, qualificações, conduta do agente para quantificar mais precisamente uma sanção.

A lei em sentido estrito, ou seja, as normas legislativas propriamente ditas, precisam estar em conformidade com o princípio da razoabilidade e com o devido processo legal material. Isso significa que as leis devem ser razoáveis e proporcionais em si mesmas, não podendo impor punições desproporcionais ou violar direitos fundamentais. Portanto, o princípio da razoabilidade não se limita apenas à atuação do Poder Judiciário, mas também influencia a elaboração e interpretação das leis, garantindo assim a justiça e a equidade no sistema jurídico.

2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um dos basilares para que a lei tenha força nas decisões de gestores da Administração Pública, para que não haja margem de discricionariedade.

Como leciona Hely Lopes Meirelles⁴:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Na Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXIX e XL: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. É uma fonte para sanções também, haja vista que o agente ímprobo comete crime contra a Administração Pública, por sua conduta dolosa.

O princípio da legalidade determina que a atuação administrativa deve pautar-se na lei em sentido amplo, abrangendo qualquer tipo de norma, desde a Constituição Federal até os atos administrativos normativos (regulamentos, regimentos etc.). Por outro lado, a reserva legal significa que determinadas matérias devem ser regulamentadas necessariamente por lei formal (lei em sentido estrito).

O legislador não pode abandonar por completo os *conceitos valorativos*, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado, com isso é uma fonte fundamental para a sanção administrativa, não podendo usar analogia *in malam partem*, nem mesmo *in bonam partem*.

⁴ MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89.

Esse princípio aplica-se distintivamente para a Administração Pública, pois para o particular tem uma margem de escolha maior, pois se a lei não fala, significa que é permitido (não contradição à lei), já para o Poder Público deve fazer exatamente o que a legislação impõe.

A legalidade no campo de atuação estatal tem certa flexibilidade em relação às normas penais. Elas são manejadas no poder polícia da Administração Pública, tendo como base a discricionariedade e autoexecutoriedade. Tendo como base cláusulas gerais, termos jurídicos indeterminados, dando amplo espaço para a autoridade julgadora.

Portanto, o princípio supracitado é uma fonte para sanções, além de estar descrito na Constituição Federal, está elencado no artigo.

No Regime Jurídico Administrativo tem um fenômeno chamado deslegalização que consiste, basicamente, em uma amenização do princípio da legalidade. O Poder Legislativo tem a possibilidade de tirar determinadas matérias de sua competência, para que possam ser tratadas por regulamentos, sem a necessidade de se percorrerem os trâmites burocráticos do processo legislativo.

Assim, ocorre a deslegalização⁵ quando o Legislativo rebaixa hierarquicamente determinada matéria (que antes era tratada por lei) para que ela possa vir a ser tratada por regulamento, por exemplo.

É, nesse sentido, um instituto que visa a dar uma releitura ao princípio da legalidade, trazendo maior flexibilidade à atuação legiferante, com a alteração do conteúdo normativo, sem necessidade de se percorrer o demorado processo legislativo ordinário.

Cita-se como exemplo o art. 96, I, "a" da Constituição Federal de 1988 (que desloca para o Judiciário o poder de dispor sobre a competência e funcionamento de seus órgãos), art. 207 da CF/88, *caput* (que transfere do Legislativo para as universidades o poder de dispor sobre matérias didático-científicas) e o art. 277, I, da CF/88 (que estabelece o poder das entidades desportivas, dirigentes e associações de dispor sobre sua organização e funcionamento).

⁵ A deslegalização é tema abordado pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello. Reconhecido jurista brasileiro, que frequentemente aborda questões relacionadas à legalidade e ao regime jurídico administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

2.3 DA TIPICIDADE

Ela é uma garantia bastante usada no Direito Penal, compondo a tríade da teoria do crime, mas também é um fenômeno peculiar, já que não necessita de vinculação com tipos penais, podendo ser objeto de argumentação no campo administrativo.

Conforme Fábio Medina ⁶, a tipicidade oferece densidade normativa à legalidade, pois ninguém pode ser imputado criminoso, sem lei anterior que o defina, sem pena sem prévia definição legal, dispositivo da CF, art. 5º, inciso XXXVI.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988, Art. 5º).

Esse princípio, dar subsídio para que não tenha a falta de tipificação, pois ensejaria numa violação da segurança jurídica da pessoa humana ou jurídica que se expõe ao risco de proibições arbitrárias. Os cidadãos estariam expostos às desigualdades, caprichos do Poder Público. Desse modo, há que se considerar que a tipicidade é um desdobramento da garantia de legalidade.

Para Maria Sylvia de Pietro⁷, os atos administrativos são dotados de tipicidade, devendo corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir certos resultados. É possível proibir comportamentos por cláusulas gerais, para isso, tem o apoio do poder de polícia que coíbe os ilícitos, a fim de evitar discricionariedades arbitrárias. O tipo sancionador deve contar grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, cabe ao intérprete pautar-se pelos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

2.4 DO ILÍCITO ADMINISTRATIVO, CIVIL E PENAL

A definição mais completa de ilícito é: toda ação ou omissão humana, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções. A substância ou materialidade do ilícito é sempre um fato (ativo ou passivo), que ocasiona um dano, que culmina em sanções em razão das perturbações causadas ao particular, à sociedade, à Administração, ou às pessoas jurídicas privadas.

⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. GenMétodo. 31. ed. 2018. eBook, p. 6831.

Os ilícitos são compreendidos em três esferas: administrativa, civil e penal. Há uma independência entre os ilícitos, e também para a sanção, se um indivíduo foi julgado na esfera administrativa, não o exime da punição na civil e penal. Conforme descrito na Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos, no qual no Artigo 121, responde civil, penal e administrativamente e podem ser acumuladas conforme art. 125 do referido dispositivo legal.

Um dos princípios basilares do direito administrativo é o da supremacia do interesse público sobre o privado⁸. As sanções denotam um caráter utilitarista e decorre implicitamente do texto constitucional.

Quanto à diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo, Rafael Mello⁹ destaca duas correntes doutrinárias: a primeira, denominada de corrente qualitativa postula, a partir da doutrina alemã do início do século XX, que os crimes são ilícitos que atingem interesses caros a toda a sociedade, enquanto as infrações administrativas são comportamentos que ofendem interesses menores, muitas vezes confundidos com interesses da própria Administração Pública. Mas para o autor, não há diferença ontológica entre os ilícitos, seja civil, penal ou administrativo.

Já a corrente quantitativa, com grande influência do Direito Espanhol, entende que não há distinção entre o penal e administrativo, somente que há diferença material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, mas que a distinção reside unicamente na gravidade da conduta reputada como ilícita, maior nos crimes e menor nas infrações administrativas.

No ordenamento jurídico brasileiro, não se adota nenhuma das correntes, visto que o comportamento de um ilícito X tem como sanção X, depende único e exclusivamente do tratamento legislativo a cada conduta e sua reprovabilidade, ou seja, utilizar o critério formal, já que não há diferença entre as esferas.

Para Heraldo Vitta¹⁰, ilícito administrativo é o descumprimento de dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da função administrativa), em virtude de o ordenamento jurídico conferir-lhe essa competência.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55.

⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 255.

¹⁰ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65-67.

Assim também concorda Zanobini¹¹, o ilícito administrativo empenha a responsabilidade administrativa, que tem por objeto a aplicação de penas que, entretanto, não fazem parte do direito penal, porque não são aplicadas pelo Estado, em sua função de justiça, mas no exercício de uma potestade administrativa.

A problemática está no fato de que o ato ou omissão do funcionário não se erige em ilícito administrativo, a não ser que, previsto e reprimido por disposição estatutária própria (elemento legal), se não for disposta no texto legal não configura, ainda que moralmente seja conceituado como delito administrativo. Alguns crimes contra a Administração passaram das modalidades culpa e dolo para somente dolo e em restrito, somente direto, com fim especial de agir.

Já o ilícito civil, compreende danificações causadas à propriedade ou a outrem e gera a obrigação de indenizar, mas vale salientar que deve ferir texto legal do sistema jurídico em que é considerado. E ter a intenção de prejudicar é essencial para que se complete o ilícito, se não será um quase- delito.

O ilícito penal diverge no sentido que tem baixa amplitude quanto ao ato humano, sendo imprescindível a configuração precisa, enquadrado em texto especial (tipicidade). Outra discrepância entre as esferas, é que o civil é necessário o dano, para o âmbito penal, a tentativa já é crime.

O ilícito penal é todo ato positivo ou negativo do homem antijurídico, típico, imputável e punível, e essa esfera é de uma vulnerabilidade expressa, pois com as mudanças no contexto social, novos tipos de ilícitos vêm emergindo. Sendo, importante a interpretação feita por doutrinadores e é uma das áreas do Direito mais lacunosas, tanto que o STF e STJ através de jurisprudências conceituam ações humanas se é liberado a busca pessoal do suspeito, ditando as “regras do jogo” entre as esferas Legislativa, Judiciária e Executiva. O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a lei penal tem de precisar a incriminação e prever todas as condições que cercam o fato, apontando todos os elementos constitutivos da figura delineada, para não deixar espaços vazios para interpretações diversas.

Quando um agente público comete uma infração administrativa punível, ele não só apresenta uma ameaça externa, já que sua conduta danosa pode afetar os cidadãos, mas também uma ameaça interna, pois suas ações podem colocar em risco a própria estrutura administrativa.

¹¹ ZANOBINI, Guido. Le sanzioni amministrative. Torino:Fratelli Bocca Editori, 1924, p.2.

Essa situação gera uma injustiça no sistema de independência dos poderes, pois ocorre uma sobreposição de julgamentos entre o âmbito penal e o administrativo.

Isso compromete a eficácia do sistema de punições no Brasil, uma vez que as esferas se entrelaçam, tornando difícil distinguir entre elas. Ignorar que as sanções administrativas, embora menos severas que as penais, também são aplicadas em casos que seriam considerados criminosos no direito comum, e que estão sujeitas aos mesmos princípios, é desconsiderar a complexidade do Direito Administrativo e sua relação com o Direito Penal, especialmente evidenciada nos processos administrativos disciplinares.

2.4.1 Ilícitude formal

Conforme Fábio Osório¹², a ilicitude ou antijuridicidade formal é formalmente afirmada pelo tipo que prevê o modelo de conduta proibida. Não há ilicitude capaz de autorizar a incidência da norma sancionadora, se não houver um tipo prevendo a proibição do comportamento. Depende de uma escolha formal do Legislador.

Essa concepção ressalta a importância da tipificação legal na determinação da ilicitude. Assim, qualquer comportamento que não esteja expressamente previsto como proibido em um tipo penal não pode ser considerado ilícito formalmente. Em termos práticos, a ilicitude formal se manifesta como uma contrariedade do fato em relação ao ordenamento jurídico, ou seja, como uma conduta que vai de encontro ao que está estabelecido na lei. Essa visão destaca a necessidade de clareza e precisão na redação das leis penais para garantir que os indivíduos saibam claramente quais comportamentos são proibidos e quais são permitidos pela legislação.

2.4.2 Ilícitude material

Para o autor, trata-se da conduta que pode causar ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado, ou seja, a exposição do bem jurídico a risco. Uma vez afirmada a modalidade formal, averiguar o comportamento (ato em si) efetivamente, se agride o bem jurídico protegido pela norma ou se permanece o mesmo estado.

A teoria da ação, que influenciou esse tipo de antijuridicidade, tem como base a teoria social da ação, pois tratou de analisar comportamentos para tutelar antecipadamente. Ela foi desenvolvida por Johannes Wessels e tem como principal

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.269

adepto Hans-Heinrich Jescheck, sustentam seu valor na capacidade que tem de adequar a realidade jurídica à realidade social, pois um fato não pode ser considerado tipicamente penal ao mesmo tempo em que a sociedade lhe é indiferente¹³.

¹³ WELSSELS, Joannes. Direito penal: parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1976.

3 TEORIAS DO DOLO NO DIREITO PENAL

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 18, I, prevê que se considera o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, ou seja, no momento da conduta, o agente, conscientemente, dirige a sua vontade à prática do delito, de forma a atingir ou tentar atingir o resultado almejado.

Nas palavras de Hans Welzel¹⁴: “Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo”.

Nas teorias do dolo no Direito Penal deve-se compreender a essência da intencionalidade por trás da conduta criminosa. De acordo com o Código Penal Brasileiro, o dolo é configurado quando o agente tem a intenção direta de produzir o resultado ilícito ou assume conscientemente o risco de que isso ocorra. Essa definição alinha-se com a visão de Hans Welzel, que destaca a interligação entre a consciência do que se deseja realizar e a decisão de concretizar essa vontade. Nesse sentido, a compreensão do dolo no Direito Penal brasileiro está intrinsecamente relacionada à consciência e à vontade do agente no momento da conduta criminosa.

A análise dessas teorias do dolo no Direito Penal é crucial para a correta aplicação da lei e para a justiça no sistema jurídico. A distinção entre o dolo direto e o dolo eventual, a exemplo, pode ter grandes implicações na caracterização e na punição de crimes. Portanto, compreender a profundidade das intenções do agente, conforme delineado pelas teorias do dolo, é essencial para garantir uma justiça eficaz e proporcional, promovendo assim a segurança jurídica e a proteção dos direitos individuais dentro da sociedade.

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Perangeli dissertam:

O dolo é o querer do resultado típico, a vontade realizadora do tipo objetivo. O nosso código fala em dolo no seguinte sentido: ‘quando o agente quis o resultado’ (art. 18, I). Assim sendo, para que um sujeito possa querer algo como, por exemplo, o ‘querer pintar a igreja da Antuérpia’, que havia na conduta de Van Gogh ao pintá-la, ele necessariamente deve também conhecer algo: Van Gogh devia conhecer a igreja de Antuérpia e os meios que necessitava para pintá-la. Todo querer pressupõe um conhecer. Acontece o mesmo com o dolo, pois é um querer. O conhecimento que este ‘querer’ pressupõe é o dos elementos do tipo objetivo no caso concreto¹⁵.

¹⁴ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987, p.77.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 480-481.

Conforme a teoria tripartite de Welzel, defendida por nomes com o Nelson Hungria, Juarez Tavares e Cezar Roberto Bittencourt, o crime atenderia a três elementos: fato típico, ilícito e culpável, separando antijuridicidade e culpabilidade. A culpabilidade ingressou em meados do século XIX, com IHERING houve a distinção do injusto sob as premissas com que, mais tarde, foi construída e sistematizada a noção de culpabilidade. A partir disso, começou uma histórica divergência da definição de dolo que levou ao surgimento de algumas teorias. Essa discussão gira em torno do dolo direto, eventual e culpa consciente.

Conforme aponta Roxin sobre a teoria do dolo:

Até 1930 era dominante na ciência jurídica a denominada teoria do dolo, segundo a qual o dolo pressupõe conhecer as circunstâncias do fato além disso a consciência do injusto; esse *dolus malus* era considerado como forma da culpabilidade (pertencente à parte interna do fato)¹⁶.

Essa teoria majoritária no Direito Penal enquadra-se para a improbidade administrativa, ou seja, a de que o dolo é consciência e vontade¹⁷ de realizar os elementos tipos abertos da Lei de Improbidade. Entretanto, deve-se adicionar a esse conceito as contribuições das teorias processuais de dolo.

A histórica divergência doutrinária na definição de dolo levou ao surgimento de algumas teorias, infelizmente o sentido que os autores pretendiam passar por vezes é distorcido. Três teorias são tratadas: a da vontade, em que só haverá dolo quando o autor quiser o resultado; o de representação, em que qualquer indício de consciência da possibilidade do resultado fundamenta o dolo; e a do consentimento ou chamada de anuência, que dirá ter dolo quando o autor consente na realização. O conteúdo da divergência ronda em torno do elemento cognitivo.

¹⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. 2006. p. 424.

¹⁷ É imprescindível deixar bem claro que vontade não se confunde com desejo. Há inúmeros casos em que o agente atua com vontade e, portanto, dolo, ainda que o resultado não lhe agrade ou que não realize seu desejo. Nesse sentido, impecável a advertência de VIVES ANTÓN: “Muitas vezes nossas intenções se foram a reboque de nossos desejos, de modo que temos a intenção de fazer justamente aquilo que desejamos; outras muitas vezes, porém, temos a intenção de fazer e, efetivamente, fazemos, coisas que não desejamos (como v.g., sair às compras em um dia tórrido ou chuvoso, ir todo dia pela manhã ao trabalho ou cuidar de um doente).” VIVES ANTÓN, Tomás S. Op.cit., p. 243. Assim, o desejo é irrelevante para a configuração ou não de uma conduta dolosa. Daí porque o conceito de dolo direto de segundo grau não tem muita valia para o direito penal, pois assenta como critério distintivo entre duas formas de dolo no desejo.

3.1 TEORIA DA VONTADE

Para a teoria da vontade, tida como clássica, o dolo seria a vontade dirigida à obtenção de um resultado. Na voz de Rogério Greco: "seria a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal, isto é, de querer levar a efeito a conduta prevista no tipo penal incriminador".¹⁸

Para Cezar Roberto Bitencourt:

Para essa teoria, tida como clássica, dolo é a vontade dirigida ao resultado. Para Carrara, seu mais ilustre defensor, o dolo 'consiste na intenção mais ou menos perfeita de fazer um ato que se conhece contrário à lei'. A essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado. Essa teoria não nega a existência da representação (consciência) do fato, que é indispensável, mas destaca, sobretudo, a importância da vontade de causar o resultado.¹⁹

O autor ainda compara a vontade a consciência a duas irmãs siamesas, concluindo que uma não vive sem a outra. Pois não tem como ter vontade sem previsão, vazia de conteúdo e a previsão sem vontade é indiferente ao Direito Penal. Essa teoria valoriza mais o volitivo. Essa vontade é traduzida como um "querer", "um assumir", sendo mais fácil diferenciar o dolo eventual de uma culpa consciente.

3.2 TEORIA DA REPRESENTAÇÃO

Para um dos fundadores da teoria psicológica, von Liszt²⁰, a existência do dolo é suficiente a representação subjetiva ou a previsão do resultado como certo ou provável, no fim foi uma teoria desacreditada pelo próprio autor, voltando-se a atenção para a teoria da vontade como ideal. Propunha como ponto central para a caracterização do dolo a prevalência da representação que o sujeito faz do resultado, ou seja, dentro do elemento cognitivo.

De acordo com a teoria da representação, podemos considerar que há dolo sempre que o agente, ao prever o resultado como possível, decide continuar com sua conduta. Para os defensores dessa teoria, não é necessário investigar se o agente assumiu o risco de produzir o resultado, ou se, mesmo prevendo-o como possível, acreditava sinceramente que ele não ocorreria. Na visão da teoria da representação,

¹⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 186

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. vol. 1. 25.ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 367.

²⁰ LISZT, Franz von. Tratado de direito penal. vol. I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006, p. 249.

não há distinção entre dolo eventual e culpa consciente, pois a previsão do resultado leva à responsabilização do agente como se agisse com dolo.

A importância das teorias divergentes, foi a consagração que o dolo é ao mesmo tempo, representação e vontade, para que o operador jurídico chegue a uma conclusão que o autor tomou a decisão contra o bem jurídico.

3.3 TEORIA DO CONSENTIMENTO

Teoria na qual o indivíduo não tem vontade de obter o resultado, mas assume o risco de produzi-lo, agindo com imprudência.

Para Juarez Tavares:

A teoria do consentimento ou da assunção é a teoria dominante e tem por base uma vinculação emocional do agente para com o resultado. Vale dizer, exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típicos podem realizar-se, como também que o agente se ponha de acordo com isso ou na forma de conformar-se ou de aceitar ou de assumir o risco de sua produção.²¹

Essa teoria ignora o elemento volitivo, levando em conta o intelectual. Na teoria do consentimento, o indivíduo não necessariamente deseja o resultado de sua ação, mas aceita o risco de que esse resultado ocorra ao agir de forma imprudente. Isso implica que, embora o resultado não seja intencional, o indivíduo é considerado responsável por assumir conscientemente a possibilidade de sua ocorrência ao agir de maneira descuidada ou negligente. Essa teoria baseia-se na ideia de que, ao tomar determinadas ações, o indivíduo deve ser responsável pelas consequências previsíveis de seus atos, mesmo que não as deseje explicitamente.

3.4 ESPÉCIES DE DOLO

Essa incansável busca pelos tipos de dolo vem de uma necessidade de abranger o objetivo pretendido pelo agente, o meio, a relação causal e consequentemente o resultado.

As espécies de dolo são dolo direto e dolo eventual (indireto), sendo limite de estudo a teoria do delito.

²¹ TAVARES, Juarez, Teoria do injusto penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.278-279.

3.4.1 Dolo direto e eventual

O dolo direto ou chamado de imediato, a vontade do agente é dirigida à realização do fato típico, o objeto é estritamente o fim proposto, os meios e os efeitos. Assim, o dolo direto tem três ações verbais: a) representar- representação do resultado, meios escolhidos e as consequências; b) o querer a ação; c) anuir na realização das consequências previstas como certas.

Esse dolo é classificado como de primeiro grau, e os efeitos colaterais tidos como necessários e de segundo grau, o agente pode até lamentar, porém se era uma parte inevitável da ação típica, então constitui o dolo direto.

Essas modalidades são abrangidas pelo Código Penal Brasileiro (art. 18, I): “I - Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.²²

Essa duplicidade de graus no dolo direto não altera a unidade do elemento subjetivo, refletindo tão somente na intensidade do dolo.

Já o dolo eventual, é posto quando o agente não quis diretamente a realização do tipo, mesmo assim, aceita como provável ou possível, assumindo o risco da produção do resultado, não dando valor para sua concretização. É indispensável uma ligação de vontade entre o resultado e o agente, para que não se confunda essa teoria com a da probabilidade.

Apesar de aparentemente não haver dificuldades em definir o dolo eventual, sua aplicação prática nos depara com uma série de obstáculos. Isso ocorre porque, ao contrário do dolo direto, não podemos determinar a vontade do agente como um de seus elementos essenciais, restando apenas a consciência. Para Bustos Ramírez²³ e Hormazábal Malarée o dolo eventual, na verdade, se assemelha mais à culpa com representação, sendo punido de forma mais severa.

3.5 ELEMENTOS DO DOLO

Os elementos são distribuídos em: cognitivo e volitivo (vontade), sendo-lhe extirpada a consciência da ilicitude.

²² BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940 [Código Penal]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14/03/2024 às 13:01.

²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal. Imprenta: Madrid, Trotta, 2004, p. 102.

3.5.1 Elemento cognitivo

Afirma Bitencourt acerca dos elementos cognitivo ou intelectual o seguinte:

Para configuração do dolo exige-se a consciência (previsão ou representação) daquilo que se pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente, segundo Welzel, a potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que prescindir da atualidade da consciência equivale a destruir a linha divisória entre o dolo e a culpa, convertendo aquele em mera ficção.²⁴

Mas esse conceito “atual” poderia ser mais restringido pela expressão “potencial”, para que seja levado em conta as capacidades psíquicas do autor num espaço temporal e circunstâncias dos fatos.

3.5.2 Elemento volitivo

A vontade, deve abranger ação ou omissão, o resultado e o nexos causal. A vontade interliga-se com a previsão. Vontade sem previsão nada será.

Cesar Bittencourt aborda o elemento volitivo no contexto do dolo, destacando a necessidade de análise da vontade do agente ao cometer um crime. Segundo Bittencourt, o dolo exige a presença do elemento volitivo, ou seja, da vontade deliberada do agente em realizar a conduta criminosa. Para ele, é fundamental considerar se o agente agiu conscientemente, com pleno conhecimento das circunstâncias e consequências de seu ato. A análise do elemento volitivo é crucial para distinguir entre o dolo e a culpa, uma vez que no dolo o agente age com intenção de cometer o crime, enquanto na culpa há uma conduta negligente ou imprudente, sem a intenção direta de produzir o resultado ilícito²⁵.

3.6 DOLO DIRETO COM FIM ESPECIAL DE AGIR

Também chamado de dolo específico quando se exige do tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade. Caracteriza-se por um ato de má-fé, sendo assim o erro, a falta de zelo com o público não se enquadram nessa situação. Seria um *dolus malus*, um dolo como comportamento de um agente que sabe o que faz e sabe que o que faz está errado, ou seja, duas consciências. Mas é paradoxal chamar dolo específico um elemento diverso do dolo.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. vol. 1. 25.ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019. p.370.

²⁵ Idem, p.530.

O *dolus malus*, adveio de Roma, em que dividiram em *dolus malus* e *dolus bonus*. *Sciolo dolo malo* era compreendido como a vontade aliada a um mau propósito, enquanto o *dolus bonus* significava a sagacidade de um sujeito em obter lucro em uma relação comercial. Em suma, o *dolus malus* é conceituado como um comportamento antijurídico atrelado de uma consciência dada vontade.²⁶

3.6.1 Características

A nomenclatura “Dolo Específico” veio da dogmática italiana nos anos 50, é uma segunda finalidade, o nosso novo texto da lei de Improbidade exige esse dolo, mas não no artigo 1º, § 2º, exige em todas as improbidades do artigo 11, § 2º da Lei 8.429/92. Significa que os artigos 9, 10 e 11, além da vontade (*dolos malus*), exige que queira obter vantagem para si ou para outrem. O Tema repetitivo 1108, do STJ foi mal colocado ao chamar de dolo específico o novo dolo do artigo 1º supracitado. Alguns consideram a expressão dolo específico obsoleta, devendo substituí-la por elemento subjetivo do tipo, dolo direto, com fim especial de agir.²⁷

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

O texto acima, está vinculado ao dolo, a consciência da ilicitude, esse conjunto de direito, será *dolo malus*, porta a consciência da ilicitude, isso em direito penal não se chama dolo específico.

São características do dolo direto com fim especial de agir 1): a independência com relação ao dolo direto geral; 2) geralmente está expresso no tipo com as denominações: se é a intenção de; com o fim de; com a finalidade de; a fim de obter para si ou para outrem...; 3) geralmente significa maior reprovação do juízo pessoal da culpabilidade.

O Dolo direto com fim especial de agir, é dolo acrescido de elementos subjetivos diversos do dolo geral, que tem mais de uma vontade, exemplo: é o furto, o dolo, primeira vontade subtrair coisa e a segunda vontade para si ou para outrem (elemento subjetivo diverso do dolo geral).

²⁶ BINDING, Karl. Compendio de diritto penale: parte generale. Prefazione, note e traduzione sul la ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927, p. 212.

²⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). vol.1. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, E-book.

O dolo com fim especial de agir, também consta da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), em que todos os delitos são dolosos: “Art. 1º, § 1º: As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”.

O elemento subjetivo geral no abuso de autoridade é o dolo. Não há previsão legal de abuso de autoridade culposo. Entretanto, logo no seu artigo inaugural a lei evidencia que o dolo, por si só, não é suficiente para que o crime se perfaça. Além da consciência (elemento cognitivo) e da vontade (elemento volitivo) que compõem o dolo, é preciso algo a mais: uma finalidade específica que deve animar a conduta do agente.

Além de praticar a conduta descrita como crime de abuso de autoridade, a autoridade ainda deve ter a finalidade específica de abusar de sua autoridade, utilizando-a com excesso ou de forma desviada, sendo os núcleos verbais: prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, satisfazer a si próprio.

Na nova reforma da Lei 8.429 de 1992 trouxe uma restrição do dolo para o tipo específico. Assim, exemplificando, um prefeito que, visando modernizar o Município, decide nomear para cargos efetivos pessoas altamente qualificadas, mas sem a realização de concurso público, viola dolosamente o art. 37, II, da Constituição Federal.

A opção do legislador foi restringir ao máximo o elemento subjetivo do tipo para a caracterização da improbidade administrativa fez com que, na nova redação do art. 11, que aborda a improbidade por violação de princípios, o legislador assim estabelecesse:

Art. 11. § 11 Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Vê-se a improbidade só é aplicada quando o agente tem o fim especial de agir, que o beneficie ou outra pessoa seja do órgão público ou um particular, fazendo uma restrição, causando para o Ministério Público uma dificuldade para demonstrar o ônus da prova para comprovação desse crime.

Complementa Bitencourt:

Na realidade, o especial fim ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez, como

vimos, o dolo esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo. O especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é elemento subjetivo especial do tipo ou elemento subjetivo especial do injusto, que se equivalem, porque pertencem, ao mesmo tempo, à ilicitude e ao tipo que a ela correspondem.

Bitencourt destaca que o especial fim de agir presente em certas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo assim um elemento subjetivo do tipo de ilícito. Esse elemento é autônomo e independente do dolo. Por isso, ele sugere que a denominação correta seja "elemento subjetivo especial do tipo" ou "elemento subjetivo especial do injusto", pois esses termos pertencem tanto à ilicitude quanto ao tipo correspondente.

O autor esclarece que, embora o especial fim de agir esteja relacionado à subjetividade do agente, ele é distinto do dolo, pois não se resume à consciência e à vontade de cometer o ato, mas sim condiciona a ilicitude do fato de forma independente. Essa distinção é essencial para uma compreensão precisa dos elementos subjetivos nos tipos penais.

4 DO PODER SANCIONADOR DO ESTADO

Para George Jellinek²⁸: Compete ao Direito conservar a comunidade por intermédio da preservação do mínimo ético que ela precisa em cada momento da sua vida para continuar vivendo. Decorre disso que o cumprimento das normas jurídicas pelos membros do corpo social é que torna possível a permanência de uma determinada situação histórica da sociedade, ou desse organismo histórico.

No estudo da corrupção na Administração Pública é certo que o corrompido ocupa uma posição de poder ou confere uma função de autoridade discricionária, por isso a maior necessidade de controle. Agentes que desempenham funções com essas características detêm maior domínio sobre as próprias instituições que integram, a demonstrar ser insuficiente a autotutela e, muitas vezes, mesmo o controle horizontal entre as instituições.

Compreende-se, então, a preocupação do constituinte ao estabelecer a responsabilização por ato de improbidade, destacando sua independência em relação à esfera penal (art. 37, § 4º, da CF), com finalidades diversas da sanção disciplinar ou civil.

Embora não se tenha avançado muito no debate quando da assembleia constituinte, houve a preocupação direta em afastar a tipificação da improbidade da esfera penal, o que ficou expresso no texto constitucional, escolha reafirmada quando dos debates para aprovação da lei de improbidade²⁹.

O poder Sancionador nos últimos anos, principalmente a partir de 2021 vem sofrendo um processo nomeado como "administrativização" do Direito Penal verificada nos últimos anos — reflexo da hipertrofia do Direito Penal — tornou necessário que condutas socialmente relevantes, mas que não mereciam a tutela da *ultima ratio*, passassem a serem tratadas pelo Poder Judiciário em seara distinta da penal³⁰.

²⁸ LOS RIOS, Fernando de. Prólogo. In: JELLINEK, Georg. Teoría general del estado. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. XXVII.

²⁹ CORTEZ, Luiz Francisco Aguilar. O elemento subjetivo e a tipicidade da lei de improbidade no art. 11 da nova lei. 2020-2021, p. 486.

³⁰ GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em: 20 Jan 2024.

Teve-se uma reversão quase que total do sentido político de improbidade, não uma simples atualização para que a numeração fosse mantida. Ao contrário do colocado na Nova Lei de Licitações (14.133 de 2021), que mudou a numeração, porém não foi discrepante as mudanças do texto legal, mas uma melhor adequação.

Todavia tornou-se mais complexo caracterizar o dolo no Direito Administrativo que no Direito Penal, seria muito mais fácil caracterizar o dolo no homicídio, a proteção foi tão candente que culminou nessa situação.

A dificuldade é encontrar o ponto de equilíbrio, pois na realidade o Direito Administrativo é amparado mais na Constituição que na seara penal.

Não há dúvida, entretanto, quanto à nova opção legislativa na configuração do elemento subjetivo como requisito para configuração do ato de improbidade, em qualquer das suas modalidades, reconhecendo maior proximidade com o Direito Penal, por meio do denominado Direito Administrativo Sancionador.

4.1 DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE

A nova legislação reproduziu as três tipificações gerais de atos de improbidade anteriormente existentes: enriquecimento ilícito, danos ao Erário e violação aos princípios que regem a atividade pública com importantes mudanças.

Destaca-se a expressa inclusão do dolo (elemento subjetivo) como elemento integrante daqueles tipos, sem distinção entre eles. Foi além o legislador, ao delimitar no que consiste o dolo para fins de configuração da improbidade, fixando que:

Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10º e 11º desta lei, não bastando a voluntariedade do agente (art. 1º, § 2º).

O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

(art. 1º, § 3º).

[...] somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovada na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, § 1º).

Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandato eletivo, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente (art. 11, § 5º).

Com efeito, os agentes públicos têm responsabilização de cunho político, penal e cível, além do administrativo, como pode ser observado no artigo 17, §16, da LIA.

A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública.

4.2 DA CULPABILIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da culpabilidade, conforme Emilio Dolcini³¹, é um princípio cardeal de todo sistema penal moderno, representando a garantia do cidadão, inclusive, como pressuposto e limite da reprovação pessoal.

O Direito Administrativo adotou os princípios estabelecidos pela doutrina penal e desenvolveu o conceito de culpabilidade administrativa, que é empregado para impor penalidades em casos de infrações administrativas.

No Estado Democrático de Direito a culpabilidade é, a um só tempo: limite e fundamentação da pena, e o Estado tem o poder de aplicar a sanção quando factível a reprovação do autor.³²

Conforme Liszt³³, não é suficiente que o resultado, enquanto ato de vontade possa ser imputado ao agente, faz-se necessário também que encontre a ligação subjetiva na culpa, para quem culpa é a responsabilidade pelo fim obtido.

A culpa administrativa é aferida como a responsabilidade civil do Estado que o agente público no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercer , será responsabilizado para reparação dos danos.

4.2.1 Da sanção Administrativa

A sanção administrativa é uma sanção jurídica. Mas há peculiaridades que identificam a sanção administrativa entre as demais sanções jurídicas. A principal peculiaridade diz respeito ao sujeito competente para sua imposição, a saber, a própria Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identificá-la. Se a

³¹ DOLCINI, Emilio. Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Revista Italiana di Diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè Editore, 1958, p. 865-882.

³² RIGHI, Esteban. La culpabilidade em matéria penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p.106.

³³ LISZT, Franz von. Tratado de direito penal. vol. I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006, p. 249.

medida punitiva não é imposta pela Administração Pública de sanção administrativa não se trata. Conforme mencionado por Celso Bandeira Mello³⁴:

é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção. Salientando que não somente ocorre no âmbito da polícia, mas também nos casos de exigência do cumprimento da função social e também no caso de proteção a interesses difusos.

De consequência, sanção administrativa pode ser conceituada como a medida afliativa imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito.

As penalidades a que estão sujeitos os agentes que cometem quaisquer das violações pontuadas acima estão dispostas no art. 37, §4º, Constituição Federal do Brasil de 1988: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A independência de instâncias de responsabilidade é consagrada em tradicionais regras do direito positivo: art. 935, Código Civil; art. 67, Código de Processo Penal; art. 125 da Lei 8.112/1990. Esta também é a tônica da Lei 8.429/1992. O *caput* do art. 12 enuncia a aplicabilidade das sanções de seus incisos I a III independentemente das sanções, penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, portanto não há impedimento para que tenha sanções em outras instâncias: civil e penal.

Ressalta Fábio Medina Osório, que posto o âmbito formal e material de incidência do Direito Administrativo, sem ônus à incidência concorrente de outras normas jurídicas, as sanções administrativas aparecem como uma possível manifestação ou projeção do Direito Administrativo, do regime jurídico a que se submetem determinadas relações jurídicas³⁵.

4.3 PARALELO ENTRE AS LEIS 8.429/92 E 14.230/2021

José Afonso da Silva, conceitua improbidade administrativa como o exercício ilegal do agente público, o qual contraria os princípios da Administração Pública

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 805-820.

³⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 54.

estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e causa dano patrimonial ao Estado. Esse significado é corroborado com o seguinte entendimento de José Afonso da Silva: “a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem...”³⁶

Apesar de o vocábulo “improbidade” derivar do latim *improbitate*, significando desonestidade, desonradez, falta de probidade, a “improbidade administrativa” constante da Lei nº 8.429/1992 adquiriu contornos mais amplos.³⁷

A lei 8.429 de 1992, que trata dessa temática, não foi revogada, e sim uma derrogação por meio da Lei 14.230 de 2021. Suas mudanças foram realizadas, visto a necessidade de adequação das construções hermenêuticas da própria jurisprudência.³⁸

Na Lei 8.429/1992 inicialmente, havia possibilidade de tipificação do ato de improbidade em três situações: enriquecimento ilícito (art. 9º), danos ao erário (art. 10 e, posteriormente, acrescido do art. 10-A) e violação aos princípios que regem a atividade pública (art. 11º). Apenas o artigo 10º era expresso quanto às condutas culposas e dolosas e, quanto aos demais, a jurisprudência do STJ viu a necessidade do dolo³⁹, passando igualmente a distinguir ineficiência ou falhas de gestão do ato de improbidade⁴⁰.

Comumente chamada de LIA, a Lei de Improbidade Administrativa sofreu significativas alterações por meio da Lei nº 14.230/21, como confirmado em alguns apontamentos extraídos da referida lei.

A Lei, trouxe uma significativa reforma à Lei de Improbidade Administrativa. A principal alteração consiste na exigência de dolo (intenção) para a responsabilização

³⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 43.ed. São Paulo: Juspodium, 2020, p. 936.

³⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/1992 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 13.

³⁸ CARVALHO JR, Roberto Camilo de. et al. Alterações na Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 8.429/1992 (Lei nº 14.230/2021). Centro de Apoio ao Direito Público. 2ª edição revista atualizada. São Paulo/2023. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/EspCadipImprobAdm20211026.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

³⁹ Dolo genérico – Ag Int no REsp 1.590.530/PB, Min. Herman Benjamin, DJe 6/3/2017.

⁴⁰ A respeito da evolução dos julgados do STJ ver o trabalho de FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. Revista Direito GV, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/>. Acesso em: 4 abr. 2022.

de agentes públicos, excluindo danos causados por imprudência, imperícia ou negligência como improbidade.

Para ser configurada a improbidade, a ação deverá demonstrar a vontade consciente do agente público de obter um resultado ilícito, não sendo suficiente a voluntariedade ou o mero exercício da função. Além disso, a divergência na interpretação da lei não será punível.

A reforma também modificou o rol das condutas consideradas improbidade, concedendo ao Ministério Público exclusividade para propor ações e a possibilidade de celebração de acordos. Os juízes agora podem converter sanções em multas, considerando a personalidade do agente e a natureza do ato.

Outras medidas incluem estabelecer prazos para a continuidade de processos, tornar a contratação de parentes um tipo de improbidade, permitir o parcelamento de débitos resultantes de condenações, limitar o bloqueio de contas bancárias dos acusados e impedir ação de improbidade em caso de absolvição criminal.

Enquanto a improbidade administrativa é tratada na esfera cível, os crimes contra a administração pública são crimes criminais, incluindo a corrupção, que pode ser ativa ou passiva, dependendo da solicitação ou oferta de vantagens entre agentes públicos e particulares.

A Lei nº 14.230/2021 foi objeto de muitas críticas, principalmente no que se refere à extinção da modalidade culposa de improbidade. Essa alteração foi, também, responsável por relevantes repercussões no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro.

Com a reforma da legislação supracitada, houve uma abertura maior para o fenômeno tão enraizado do país: a corrupção, dificultou as punições e o ressarcimento ao erário.

Segundo o então Procurador-Geral da República, Dr. Fabio Guarani, no dia 25 de agosto de 2023, em um seminário promovido Escola Superior do MPPR para debates on-line sobre as alterações realizadas pela Lei 14.230/21 na persecução da Improbidade Administrativa e seus impactos na atuação do Ministério Público, acrescentou:

Devia ter mudado a numeração, suprimindo a anterior, pois o texto novo tem um sentido protetivo para o agente improbo, um mal batismo, mas isto não diminui o problema. Antes trabalhava como *dolus generis*, o erro no texto já começa quanto a vontade, pois nem todas as vontades são livres. (...) O Direito Penal e a *última ratio legis*, só deve incidir quando os outros ramos não incidem. Acontece um fenômeno reverso, é mais fácil caracterizar dolo

no homicídio que na Improbidade. (...) Quem é beneficiado: todo aquele que se recusa a se informar, é melhor não saber, premiando o improbo que percebendo que vai agir de maneira improba, dá um jeito de não consultar. (...) Parece haver um problema de constitucionalidade, por ferimento ideal da proporcionalidade nos critérios de imputação. É colocar no ar o princípio de proporcionalidade e hierarquia entre os setores.⁴¹

Para o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Herman Benjamin, a “nova” LIA trouxe proteção a grandes empresas: “Há um descompasso entre o objetivo expressado publicamente, que justificaria um esforço de reforma legislativa, e o resultado alcançado. Acabamos com uma lei que protege e, em alguns casos, busca uma blindagem absoluta das grandes empresas”.⁴²

No Seminário “Retrocessos no Combate à Improbidade Administrativa”, promovido pela Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (5CCR/MPF), o ministro enfatizou a importância de atualizar a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), mas observou que a principal razão para a reforma restringir abusos da norma, especialmente em relação aos atos de corrupção que violam os princípios da administração pública, não justifica a maioria esmagadora das mudanças propostas. Para ele, muitos dos novos dispositivos inseridos na lei parecem ser voltados para proteger as grandes empresas e empreiteiras.

4.4 A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE DO DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A consciência da antijuricidade pode ser conceituada como a percepção humana do caráter ilícito da ação. De acordo com o intercrimínis do Direito Penal, a ação passa por várias etapas: cogitação, preparação, execução e consumação. Infere-se, que a fase intelectual está presente na origem da conduta, e é justamente nesse momento que impera a consciência da antijuricidade.

A consciência da antijuricidade pode ser classificada em duas vertentes: formal

⁴¹ GUARANI, Fábio. Evento online. Seminário sobre as alterações pela Lei 14.230/21 na persecução da Improbidade Administrativa e seus impactos na atuação do Ministério Público, realizado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), 25 de agosto de 2023. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/Video-incorporado/MP-DEBATE-Dolo-especifico-na-nova-Lei-de-Improbidade-Administrativa>. Acesso em: 21 jan. 2024.

⁴² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei nº 8.429/92) e demais normas de Direito administrativo sancionador. Revista síntese de direito administrativo. Imprensa: São Paulo, IOB,2021.

e material. A primeira, necessita do prévio conhecimento da norma, se não conhecer não terá a consciência.

Franz von Liszt defensor desse instituto, criando a expressão antijuridicidade material, com as consequências que lhe são inerentes⁴³, entre as quais a ideia de que a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico só é materialmente antijurídica quando é contrária aos fins do ordenamento jurídico regulador da convivência.

Mas essa vertente não é apoiada no Brasil, sendo a consciência da antijuridicidade material.

Para diferenciação: a antijuridicidade formal exprime a contradição do comportamento concreto com o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico, como qualidade invariável de toda ação típica e antijurídica; a antijuridicidade material exprime a lesão injusta do bem jurídico, como dimensão graduável do conteúdo de injusto das ações típicas e antijurídicas.

Por exemplo: furto de coisa de pequeno valor possui a mesma antijuridicidade formal de furto de coisa de grande valor [...] furto de coisa de grande valor tem maior conteúdo de injusto que furto de coisa de pequeno valor [...]. A distinção é importante por várias razões: primeiro, indica diferença entre antijuridicidade [...] e injusto [...]; segundo, em situações específicas, permite descaracterizar a antijuridicidade formal determinada pela mera literalidade da lei [...]⁴⁴.

O conceito de antijurídico foi amplamente debatido, alguns de cunho sociológico, outros de subjetivismo e alguns de conceitos legais. Tanto que Mayer defendia que se contrariasse uma norma de cultura é que denotaria a antijuridicidade.⁴⁵

Roxin⁴⁶ afirma igualmente a importância prática da antijuridicidade material: a) permite realizar graduações do injusto e aproveitá-las dogmaticamente; b) proporciona meios auxiliares para interpretação da teoria do tipo e do erro e para solucionar outros problemas dogmáticos; c) torna possível formular os princípios nos quais se baseiam as causas de exclusão do injusto e determinar o seu alcance.

⁴³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. v. III. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1992, p. 965.

⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. Curitiba: IPCP; Lumen Juris, 2006, p. 218-219.

⁴⁵ BALCARCE, Fabián I. La antijuridicidad penal. Principios generales. Córdoba: Mediterránea, 2001, p. 64.

⁴⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Traducción de la 2. edición alemana. Madrid: Civitas, 1997, p.559.

Para Cláudio Brandão⁴⁷, a consciência da antijuricidade tem como conteúdo a antijuricidade e como objeto a culpabilidade, já que de acordo com o finalismo, tem um suporte teórico para com o caráter antijurídico.

Conforme o ordenamento, na hipótese do indivíduo agir com consciência da antijuridicidade em um fato que não é antijurídico, ainda que suponha ser, não haverá delito. Isso decorre do fato de ser a antijuridicidade a essência do crime, sem haver primeiro o juízo da própria antijuricidade, não há que se cogitar em juízo de culpabilidade (consciência de antijuridicidade).

A problemática reside justamente nessa palavra: juízo da antijuricidade, se o agente não tinha consciência da antijuricidade, não é considerado ímprobo, pois havia desconhecimento da lei, ou com seu desleixo, o agente inábil, não tinha a intenção, mas realizou a ação delituosa.

A contratação de servidores públicos sem concurso público de acordo com o STJ, prevista no artigo 11 da Lei 8.429 de 1992, por estar ausente o elemento subjetivo do dolo, assim como a nomeação de cônjuge, companheiro para cargo em comissão, só será improbidade se demonstrado o elemento subjetivo. Essa foi a tese fixada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em julgamento sob o rito de recursos repetitivos de 11 de maio de 2022 (REsp 1.913.638). Com isso, abre uma lacuna no ordenamento jurídico, indo ao encontro dos ideais constitucionais.

A consciência da antijuricidade foi excluída na aplicação da Lei 14.230 de 2021, não havendo mais a potencialidade do ato ilícito, pois se o autor não souber que o que está fazendo é errado é excluído de ser ímprobo. Infelizmente, cabendo o ônus da prova para o Ministério Público, culminando numa complexidade maior talvez que uma acusação de homicídio para com o agente da ação.

⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. Revista de Informação Legislativa. Brasília, jan./mar., v. 34, n. 133. 1997, p. 23-31.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova Lei de Improbidade, vem se distanciando da realidade ao ponto de se tornar inaplicável, por absurdo, exija-se o dolo específico na constituição do ilícito. As alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa parecem contrariar os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Democrática de 1988. Enquanto a Constituição anterior abordava principalmente o enriquecimento ilícito como forma de improbidade, a nova legislação se afasta desse foco, colocando em xeque a eficácia das sanções direcionadas aos agentes públicos. A preocupação com o interesse público parece ter sido relegada em várias ocasiões, uma vez que a aplicação da lei agora está vinculada à comprovação da intenção livre e consciente do agente no momento da prática do ato.

Ao analisar as teorias do dolo no direito penal e as implicações dessas teorias na esfera da improbidade administrativa, pude compreender a complexidade envolvida na caracterização do dolo e na dificuldade de atribuição de responsabilidade subjetiva aos agentes. A distinção entre o direito administrativo sancionador e o direito penal também se mostrou fundamental para compreender as nuances da responsabilidade do agente em casos de improbidade.

Essa mudança legislativa reflete o chamado "jeitinho" brasileiro, que muitas vezes prevalece sobre os interesses sociais em detrimento do bem comum. Os interesses políticos acabam por sobrepor-se aos interesses da sociedade, sendo legitimados por meio da recente reforma legislativa. Além disso, a exclusão do conceito de antijuridicidade, fundamental para a tipificação e sanção do agente ímprobo, em favor da exigência de dolo específico, diminui consideravelmente a segurança jurídica para a população brasileira, que contribui financeiramente para as políticas públicas.

Apesar dessas críticas, a sociedade brasileira, mais organizada hoje em dia, reivindica o direito público subjetivo a uma administração honesta e moral. É essencial que a atuação administrativa esteja alinhada aos princípios que regem a administração pública, com uma gestão fundamentada na lealdade, boa-fé, honestidade e justiça. Se a própria lei abre brechas para condutas questionáveis, dificultando o papel dos órgãos de fiscalização e controle, torna-se difícil justificar sua eficácia e legitimidade, especialmente quando suas reformas parecem contradizer valores fundamentais de justiça e moralidade.

Destaca-se a importância de continuar aprofundando os estudos nessa área, considerando as mudanças legislativas e a necessidade de garantir a efetividade no combate à improbidade administrativa, sem desconsiderar a proteção dos direitos e garantias dos agentes públicos. A reflexão sobre a dificuldade da responsabilidade subjetiva do agente na improbidade administrativa é essencial para o aprimoramento do sistema jurídico e para a promoção da ética e da transparência na gestão pública.

REFERÊNCIAS

BALCARCE, Fabián I. **La antijuridicidad penal: principios generales**. Córdoba: Mediterránea, 2001.

BINDING, Karl. **Compendio de Diritto Penale: Parte Generale**. Prefazione, note e traduzione sul la ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral. **Coleção Tratado de Direito Penal**, volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan./mar., v. 34, n. 133. 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940 [**Código Penal**]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14/03/2024 às 13:14.

BRASIL. **Lei Federal Nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Lei Federal Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

BRITO, Samuel Firmino de. **A incompatibilidade da tentativa na teoria do assentimento sob a ótica do sistema finalista de Hans Welzel**. Monografia. Orientadora: Júlia Mara Rodrigues Pimentel. Manhuaçu/MG: Faculdade Doctum, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2020.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo sistema de derecho penal**. 2004.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Obediência Hierárquica e culpabilidade**: análise da obediência hierárquica no ordenamento jurídico-penal brasileiro e no direito internacional penal. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de Pernambuco do Recife.

CARVALHO JR, Roberto Camilo de et al. **Alterações na Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 8.429/1992 (Lei nº 14.230/2021)**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Centro de Apoio ao Direito Público, 2023. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/EspCadipImprobAdm20211026.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. São Paulo: Forense, 1997.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.

CORTEZ, Luiz Francisco Aguiar. **O elemento subjetivo e a tipicidade da lei de improbidade no art. 11 da nova lei**. 2020-2021, p. 486.

COSTA, José de Faria. **Direito penal**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.

DA MATTA, Roberto. Carnavais, **Malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DOLCINI, Emilio. Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. **Revista Italiana di Diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrê Editore.1958.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. **O dolo da improbidade administrativa**: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/1992 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 1999.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. **Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988**. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em: 19 maio 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUARANI, Fábio. Evento online. **Seminário sobre as alterações pela Lei 14.230/21 na persecução da Improbidade Administrativa e seus impactos na atuação do Ministério Público**. realizado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), 25 de agosto de 2023. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/Video-incorporado/MP-DEBATE-Dolo-especifico-na-nova-Lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 21 jan. 2024.

JELLINEK, Georg. Teoría general del estado. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **A nova dogmática penal e a política criminal em perspectiva comparada**. In: Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. vol. III. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

LIMA, Antônio Carlos de Araújo. **Processo legal e garantias constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. vol. I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006.
LOS RIOS, Fernando de. Prólogo. In: JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior**

(Lei nº 8.429/92) e demais normas de Direito administrativo sancionador.
Revista síntese de direito administrativo. Imprensa: São Paulo, IOB.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2008.

NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa.** 2018. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 4.ed. 2.a reimp. Madrid: Tecnos, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RIGHI, Esteban. **La culpabilidad em matéria penal.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general,** tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. 2006.

ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. **Tipos abiertos y elementos del deber jurídico.** Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Juspodium, 2020.

TAVARES, Juarez, **Teoria do injusto penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

WELSSELS, Joannes. **Direito penal: parte geral**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal Brasileiro**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANOBINI, Guido. **Le sanzioni amministrative**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924.