

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

JANAÍNA RIGO SANTIN

VANESSA CHIARI GONÇALVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito Administrativo e Gestão Pública I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birmfeld; Janaína Rigo Santin; Vanessa Chiari Gonçalves. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-845-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 15 de novembro de 2023, durante XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Fortaleza-CE, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, com o tema ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÕES DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO.

As apresentações foram divididas em três blocos de exposições, sendo que, em cada um dos mesmos, houve, pelos autores presentes, a exposição dos respectivos artigos aprovados, em sequência, sendo, ao final de cada bloco, aberto espaço para o respectivo debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à revista Direito Administrativo e Gestão Pública, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

O artigo ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESAFIOS E OPORTUNIDADES, de autoria de Adriana Ferreira Pereira e Danúbia Patrícia De Paiva, trata da interseção entre Inteligência Artificial (IA) e Responsabilidade Civil na Administração Pública. A pesquisa considera, principalmente, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Decreto Brasileiro nº 9.854 /2019, que instituiu o Plano Nacional de Internet das Coisas (IoT), sendo estes marcos legais relevantes para a regulamentação da IA no Brasil. O principal objetivo é destacar os avanços significativos na proteção de dados pessoais e na promoção da transparência no uso da IA, além de apresentar os desafios, como a falta de regulamentação específica para a responsabilidade civil nos casos de acidentes envolvendo sistemas autônomos e a necessidade de definição de limites éticos para a IA. O trabalho considera o método hipotético dedutivo para realização da pesquisa, com foco nas novas perspectivas do Direito, principalmente do Direito Digital. Ao final, concluiu pela importância na delimitação do assunto, aprofundamento das questões centrais e capacitação de servidores públicos para lidarem com questões éticas e legais relacionadas à IA e à LGPD.

O artigo TIPOS DE RELAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS POSSÍVEIS PARA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NAS FORMAS DE ESTADO FEDERAIS OU MODELOS ADMINISTRATIVOS DESCENTRALIZADORES, de autoria de Jamir Calili

Ribeiro e Humberto Magno Peixoto Gonçalves, destaca que o estudo das relações intergovernamentais é extremamente relevante para a administração pública especialmente nos países que adotam formas de Estado federativo ou possuem arranjos administrativos descentralizadores, distribuindo competências de gestão às províncias, cidades ou departamentos. Aponta que nesses casos a realização de políticas públicas enfrentam dilemas territoriais que desafiam a formalidade instituída, sendo que esse cenário, político e econômico, se torna ainda mais complexo uma vez que a demandas da população se tornam cada vez maiores e os desafios da eficiência, eficácia, efetividade e economicidade se tornam mais exigentes. Observa que há, portanto, inúmeros dilemas de políticas públicas que são trabalhados no artigo, levando em conta o modelo federativo simétrico brasileiro, como pano de fundo. Nesta perspectiva, a pergunta que guia o trabalho refere-se aos modelos possíveis de relacionamentos intergovernamentais e como poderiam ser potencializados para termos os melhores resultados em uma política pública. Para o enfrentamento dessa questão foi realizada uma abordagem qualitativa, em uma pesquisa de natureza que se propõe aplicada, ou seja, com o objetivo de permitir uma melhor compreensão das possíveis relações a serem estabelecidas para melhoria das políticas públicas, a qual se deu por meio de procedimentos metodológicos baseados em revisão bibliográfica com objetivos descritivos.

O artigo DIÁLOGO COMPETITIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: VANTAGENS E DESVANTAGENS À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS LICITAÇÕES, de autoria de Luiz Felipe da Rocha e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, tem como objetivo a análise das vantagens, desvantagens e riscos da nova modalidade licitatória inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 14.133/2021, denominada de Diálogo Competitivo, à luz dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública, bem como dos princípios do interesse público, da igualdade, da transparência, da competitividade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade, que regem as licitações. O estudo abrange a análise da experiência na utilização do diálogo competitivo no direito comparado e os fatores lá verificados durante os certames, bem como os desafios enfrentados pelos operadores do diálogo. Para a construção e desenvolvimento do tema foram abordados posicionamentos de respeitados doutrinadores e teóricos assim como a própria letra da lei, que possibilitam uma análise apurada acerca do referido tema, sendo, portanto, a metodologia do estudo, a pesquisa da legislação e da doutrina acerca do tema.

O artigo ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA (CLAIMS RESOLUTION FACILITIES): NOVAS FIGURAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E

GESTÃO EFICIENTE, de autoria de Yuri Schneider, tem como objetivo apresentar as Entidades de Infraestrutura Específica (EIEs) como novas figuras emergentes no direito administrativo brasileiro, desempenhando um papel fundamental como importantes aliadas para a concretização de políticas públicas. Por meio de uma abordagem de pesquisa bibliográfica, o estudo explora o contexto das EIEs no âmbito do Direito Administrativo Contemporâneo, enfatizando seu papel na busca por um desenvolvimento social e econômico sustentável. A pesquisa identifica o lugar onde tais entidades podem ser encaixadas na organização da Administração Pública brasileira, bem como apresenta exemplo de entidade que, por acordo em Termo de Ajustamento de Conduta, já exerce as mesmas funções das chamadas Claims Resolution Facilities norte-americanas. Ao final, ficará claro que a participação dessas novas figuras no cenário jurídico brasileiro, possuem respaldo no arcabouço do Direito Administrativo Brasileiro, principalmente em seus princípios norteadores, trazendo vantagens significativas para o Poder Público e para a coletividade, pois, com a correta aplicação de sua expertise, transparência, prestação de contas, eficiência na aplicação dos recursos, redução de riscos e foco nas demandas sociais, traz benefícios e eficiência à boa governança e à concretização do interesse público, contribuindo assim, para uma gestão mais eficiente e responsável dos serviços públicos, garantindo que esses sejam utilizados de forma correta.

O artigo JURIDICIDADE DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA SOBRE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19,

de autoria de Jonathan Alves Galdino e Glaucia Maria de Araújo Ribeiro objetiva investigar a juridicidade do uso da requisição administrativa sobre serviços pessoais de saúde no contexto do enfrentamento da pandemia de Covid-19 no Brasil, debatendo as normas, a jurisprudência e doutrina acerca desse instituto jurídico de intervenção do Estado, identificando eventual existência de precedentes judiciais e de teses doutrinárias que (in) validam a requisição administrativa sobre serviços pessoais de saúde, a partir de pesquisa exploratória, descritiva e explicativa, quanto aos seus fins, e por intermédio de pesquisa documental, bibliográfica e telematizada, no que concerne aos seus meios de investigação, com caráter qualitativo. Constata, com base na ética utilitarista e mediante a doutrina, as normas vigentes e a jurisprudência específica do Supremo Tribunal Federal (STF), a juridicidade do emprego da requisição administrativa sobre serviços pessoais de saúde no contexto de iminente perigo público como o do enfrentamento da pandemia de Covid-19, devendo haver, porém, não apenas razoabilidade e proporcionalidade no uso desse expediente, mas ainda o esgotamento de outras alternativas menos gravosas, corroborando com as conclusões de estudos anteriores.

O artigo LICITAÇÕES PÚBLICAS E A MODALIDADE PREGÃO NA VERSÃO DO NOVO MARCO NORMATIVO, de autoria de Marcelo Pereira Dos Santos e Luis Marcelo Lopes de Lacerda, tem por objetivo analisar a possibilidade de emprego da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns por empresas estatais, após a entrada em vigor da nova lei de licitações no Brasil. A metodologia empregada é de natureza dialético-descritiva e o método utilizado ter caráter dedutivo, tomando como referência conceitos jurídicos extraído dos ensinamentos de Marçal Justen Filho, além de terminologias usadas pelo legislador brasileiro e expressas em decisões judiciais, publicadas no sítio do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um estudo de perfil qualitativo, amparado em concepções teórica já consagradas na órbita das ciências sociais aplicadas. O problema enfrentado nesta pesquisa consiste na revogação da norma jurídica que dispõe sobre o pregão, por força da Lei nº 14.133/2021, e, conseqüentemente, derrogação de estatutos estaduais e municipais que regem a matéria em torno das empresas públicas e sociedades de economia mista. A hipótese em questão refere-se à inadmissibilidade da aplicação subsidiária da lei geral de licitações sobre as contratações pretendidas por empresas estatais, na forma da Lei nº 13.303/2016, conforme entendimento fixado pelo Tribunal de Contas da União no acórdão 739/2020, e, reproduzido no enunciado 17 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho Nacional de Justiça. O resultado preliminar deste estudo revela que a lacuna normativa, aberta pela nova lei de licitações e contratos, inviabilizaria a utilização da modalidade pregão nas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exceto se, houvesse um novo posicionamento do TCU, em alusão ao objeto desta investigação.

O artigo O DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DIANTE DAS ALTERAÇÕES DA LEI 14.230 DE 2021, de autoria de Sebastião Sérgio Da Silveira e Wendy Luiza Passos Leite apresenta um estudo sobre a caracterização do dolo nos atos de improbidade administrativa. A relevância da discussão deve-se à alteração da Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, pela Lei 14.230/21 que inseriu o dolo como elemento subjetivo necessário para configuração dos atos de improbidade administrativa descritos nessa lei. Valendo-se de uma pesquisa exploratória-bibliográfica, orientada pelo método analítico-dedutivo analisa os delineamentos da improbidade administrativa, do dolo e as implicações da alteração proposta. Ao final, demonstra que a alteração da norma elegeu o dolo enquanto elemento subjetivo necessário para caracterização da improbidade administrativa e incidência das sanções descritas nesta lei. Para a análise do elemento subjetivo, o dolo, destaca 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. Ressalta que desse modo, também serão punidos conforme esta lei os atos ímprobos, portanto ilícitos,

que se desviarem da finalidade pública administrativa, ao aparentarem serem lícitos formalmente, contudo, com finalidade ilícita. Destaca que para os atos com desvio de finalidade deverá ser aplicada a teoria de Maurice Hauriou para anulá-los e aplicar as sanções devidas, protegendo assim o patrimônio público, os princípios da administração pública e a moralidade administrativa.

O artigo O SISTEMA INTERAMERICANO DE COMBATE À CORRUPÇÃO E OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de autoria de Werbster Campos Tavares , visa a apresentar reflexões iniciais sobre as previsões legais existentes no texto original da Lei nº 8.429/92, com as modificações decorrentes da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, a qual transformou substancialmente o regime de proteção contra a improbidade em vários aspectos. Assim, caracteriza-se como um estudo doutrinário e de caso que analisa a aplicação do sistema de cooperação internacional em face do modelo criado pela Lei de Improbidade Administrativa. O modelo estudado foi a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção. O artigo estrutura-se em duas partes: na primeira são tratados os conceitos gerais de improbidade administrativa, a caracterização do modelo criado pela LIA, assim como os aspectos gerais de alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021. Na segunda parte são delineados os contornos da Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 4.410/2002, e quais seus impactos para o fortalecimento do combate aos atos de improbidade. Após as análises, percebe-se a aplicabilidade dos conceitos da referida legislação em face de atos de improbidade. Concluiu, também, haver a necessidade de reforço do sistema de cooperação internacional de combate à corrupção.

O artigo PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS: REFLEXÕES TEÓRICAS CONSIDERANDO AS ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, de autoria de Lucas de Brandão e Mattos e Indira Alves Matias de Oliveira, se propõe a uma análise da questão relativa ao efeito vinculante dos precedentes administrativos visando a construção de uma Teoria Brasileira dos Precedentes Administrativos, condizente com o ordenamento jurídico pátrio. Inicia-se pela construção do conceito de precedente administrativo para então partir para os fundamentos teóricos do princípio da igualdade aplicados às decisões do Poder Público. Tal análise parte de uma perspectiva hermenêutica, buscando entender o precedente como categoria jurídica própria. Na terceira parte explora a teoria de Ronald Dworkin do Direito como Integridade, como possível fundamento teórico do efeito vinculante dos precedentes administrativos, na perspectiva da legitimidade jurídico-filosófica da atuação do administrador. O último seguimento do trabalho ocupa-se da análise da aplicação do artigo 30 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro como norma fundamental de vinculação dos precedentes administrativos,

buscando compatibilizá-lo com os ditames clássicos que regem as decisões e atos administrativos. Pretende, por derradeiro, deixar assentadas reflexões que contribuam para uma perspectiva do precedente administrativo como um dever de consideração e um ônus argumentativo que deve guiar os gestores públicos e as decisões administrativas.

O artigo **PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NAS AÇÕES DE OBRIGAÇÃO DE FAZER DO CORE-CE: O PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO E A UTILIDADE DAS SENTENÇAS JUDICIAIS**, de autoria de Victor Felipe Fernandes de Lucena investiga as demandas de obrigação de fazer propostas pelos Conselhos Profissionais, especialmente no âmbito do Conselho Regional dos Representantes Comerciais no Estado do Ceará (Core-CE), objetivando compelir os profissionais que não estão regularmente inscritos nos quadros do ente responsável pela fiscalização da atividade, a fim de que possam se regularizar e, assim, exercer a profissão de forma legalizada. Nessa perspectiva, ressalta que o Conselho de Classe possui o respectivo poder de polícia para aplicar sanções nas pessoas físicas ou jurídicas que eventualmente descumpram as notificações dos autos de infrações que detectam o exercício ilegal da atividade profissional. Contudo, na hipótese de insucesso do exercício do poder de polícia na via administrativa, se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário para compelir o registro profissional do infrator, de modo que são analisadas decisões conflitantes quanto a utilidade e a necessidade da intervenção judicial no procedimento das ações de obrigação de fazer, inclusive com manifestações do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) sobre o tema. Para a formulação das conclusões apresentadas, utiliza como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo e exploratório.

O artigo **PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMÓVEL DE FORTALEZA PELO TOMBAMENTO**, de autoria de Nathalie Carvalho Candido, Monica Barbosa de Martins Mello e Williane Gomes Pontes Ibiapina destaca que o direito de propriedade encontra-se intrinsecamente limitado pela função social da propriedade, incluindo-se nesta os aspectos de proteção à memória coletiva. Assinala que a manutenção de imóveis representativos dos modos de fazer e viver dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira é responsabilidade do Poder Público, em conjunto com a sociedade e que, na proteção ao patrimônio cultural edificado, a Constituição Federal de 1988 determina a competência concorrente dos entes federados, podendo estes utilizarem diversos instrumentos de intervenção, sendo o mais frequente o tombamento. Aponta que a propriedade imóvel que tiver valor cultural reconhecido pode ser tombada como meio de viabilizar sua preservação, seja pela União, pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios. No artigo são analisados os procedimentos administrativos de tombamento de imóveis no município de Fortaleza/CE, com vistas à identificação dos valores culturais que os bens apresentaram e justificaram sua

patrimonialização. Por meio de pesquisa bibliográfica, documental de abordagem qualitativa e quantitativa, conclui pela ausência de representatividade de determinados grupos formadores da sociedade brasileira, tendo os tombamentos realizados neste município um caráter elitista.

O artigo OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E O EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO: A FALTA DE COMPETÊNCIA LEGAL PARA PROCESSAR E PENALIZAR OS AUTUADOS DESSA PRÁTICA, de autoria de Fernanda Ferreira Dos Santos Silva, visa debater e demonstrar a incompetência dos Conselhos de Fiscalização Profissional para processar, julgar e imputar penalidade àqueles que, exercendo a profissão de modo ilegal, são autuados por seus agentes de fiscalização, tendo em vista que a Lei lhes confere a possibilidade legal de fiscalizar e zelar pela ética e moralidade do exercício da profissão que regula, bem como dos seus inscritos, não tendo, desse modo, ingerência, sobre aqueles que não possuem inscrição em seus quadros. Assim, a fim de construir o tema proposto, demonstrando que, de fato, apenas cabe aos Conselhos processar e julgar seus inscritos faz uma revisão de literatura, verificando a personalidade jurídica de tais entes da Administração Pública, bem como a legislação que, de modo geral, define suas competências. Faz ainda um breve estudo do que é o exercício ilegal e suas implicações, traçando, por conseguinte, um paralelo entre a sua prática e as atribuições legais dos Conselhos para autuar aqueles que pratiquem o exercício profissional sem a devida habilitação, concluindo pela incompetência dessas Autarquias para aplicar penalidade àqueles que não fazem parte do seu rol de profissionais inscritos.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Carlos André Birnfeld

Universidade Federal do Rio Grande - FURG

Janaína Rigo Santin

Universidade de Passo Fundo - UPF

Vanessa Chiari Gonçalves

Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

O DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DIANTE DAS ALTERAÇÕES DA LEI 14.230 DE 2021

WILLFUL MISCONDUCT IN THE LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND ITS LEGAL IMPLICATIONS BEFORE THE AMENDMENTS OF LAW 14.230 OF 2021

Sebastião Sérgio Da Silveira ¹

Wendy Luiza Passos Leite ²

Resumo

O presente trabalho apresenta um estudo sobre a caracterização do dolo nos atos de improbidade administrativa. A relevância da discussão deve-se à alteração da Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, pela Lei 14.230/21 que inseriu o dolo como elemento subjetivo necessário para configuração dos atos de improbidade administrativa descritos nessa lei. Valendo-se de uma pesquisa exploratória-bibliográfica, orientada pelo método analítico-dedutivo serão analisados os delineamentos da improbidade administrativa, do dolo e as implicações da alteração proposta. Ao final, será demonstrado que a alteração da norma elegeu o dolo enquanto elemento subjetivo necessário para caracterização da improbidade administrativa e incidência das sanções descritas nesta lei. Para a análise do elemento subjetivo, o dolo, será destacada a importância da utilização do Direito Administrativo Sancionador e dos parâmetros delineado 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. Desse modo, também serão punidos conforme esta lei os atos ímprobos, portanto ilícitos, que se desviarem da finalidade pública administrativa, ao aparentarem serem lícitos formalmente, contudo, com finalidade ilícita. Esta pesquisa destaca que para os atos com desvio de finalidade deverá ser aplicada a teoria de Maurice Hauriou para anulá-los e aplicar as sanções devidas, protegendo assim o patrimônio público, os princípios da administração pública e a moralidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Elemento subjetivo, Dolo, Ato ilícito, Sanção administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

The present work presents a study on the characterization of misconduct in acts of administrative impropriety. The relevance of the discussion is due to the alteration of the

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra-Portugal, Doutorado em Direito pela PUC de São Paulo. Coordenador do Curso de Graduação e Pós-Graduação da UNAERP. Docente e Promotor de Justiça. ssilveira@unaerp.br

² Mestranda em Direito pela UNAERP, com bolsa CAPES. Pós-graduada em Direito Público e Direito do Trabalho pela UCAM. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. wendyluizabh@yahoo.com.br

Law of Administrative Improbability, Law 8.429/92, by Law 14.230/21, which inserted deceit as a subjective element necessary for the configuration of acts of administrative improbity described in that law. Using exploratory-bibliographical research, guided by the analytical-deductive method, the outlines of administrative improbity, fraud and the implications of the proposed alteration will be analyzed. In the end, it will be demonstrated that the alteration of the norm elected deceit as a subjective element necessary for the characterization of administrative improbity and the incidence of the sanctions described in this law. For the analysis of the subjective element, the intent, the importance of using the Sanctioning Administrative Law and the parameters outlined in the Criminal Law will be highlighted regarding the fulfillment of the requirements of the will and the conscience of the illegality, even if potential, that will authorize the incidence of the sanctions administrative procedures provided for in the law of improbity. In this way, dishonest acts, therefore unlawful, that deviate from the administrative public purpose, when appearing to be formally licit, however, with an illicit purpose, will also be punished according to this law. This research highlights that for acts with a deviation of purpose, Maurice Hauriou's theory should be applied to annul them and apply the appropriate sanctions, thus protecting public property, the principles of public administration and administrative morality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative improbity, Subjective element, Willful misconduct, Illicit act, Administrative sanction

1 INTRODUÇÃO

O tema improbidade administrativa tem grande relevância no âmbito jurídico e social, eis que trata-se de sistema de persecução a atos lesivos ao patrimônio público, buscando controle da administração pública e a concreção dos princípios constitucionais da moralidade e legalidade, e respeito ao Estado Democrático de Direito.

Outrossim, é tratar-se de valor difuso para fins de proteção e tutela jurídica.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), que tem claro intuito de proteger o patrimônio público, a moralidade administrativa e os princípios da Administração Pública, foi recentemente alterada pela Lei 14.230/2021, sofrendo profundas modificações em sua estrutura, especialmente à análise para configuração do ato como de improbidade e não mera ilegalidade, admitindo atualmente somente o elemento volitivo do dolo e não mais a culpa.

Diante de referida mudança, este trabalho busca, através de pesquisa exploratória-bibliográfica, orientada pelo método analítico-dedutivo, analisar, justamente quais as suas principais consequências e implicações. Para tanto, serão expostos os conceitos sobre probidade, improbidade, moralidade e os objetivos que justificam a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa e dos princípios da Administração Pública, bem como será estudada a alteração da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/21 que conferiu nova redação a diversos de seus dispositivos, reduzindo o rigor do texto inicial.

2 CONCEITO E ORIGEM DE PROBIDADE

Segundo Emerson Garcia (2013, p. 81) a probidade tem origem remota no latim *probus*, e significa aquilo que brota do bem. Revela o que é bom, ou o que tem boa qualidade. Contudo, o vocábulo teve frequente utilização com conotação figurada e corriqueiramente empregado para qualificar aquele indivíduo íntegro, honrado, honesto, virtuoso. E a linguagem figurada foi consagrada em detrimento ao sentido puro original.

Dessa forma, “Probidade, assim, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade” (GARCIA, 2013, p. 81).

Do conceito de probidade, extrai-se o de improbidade, por terem sentidos opostos. Gregório Assagra de Almeida traz o conceito de improbidade nos seguintes termos: “‘improbidade’ vem do latim *‘improbitas’*, que significa desonestidade, mau caráter, má conduta.” (ALMEIDA, 2007, p. 308).

Para Emerson Garcia:

a improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. Para os romanos, a improbidade impunha a ausência de *existimatio*, que atribui aos homens o bom conceito. E sem a *existimatio*, os homens se convertem em homines instestabiles, tornando-se inábeis, portanto, sem capacidade ou idoneidade para a prática de certos atos. (GARCIA, 2013, p. 81)

Atrelado ao conceito de probidade e improbidade, tem-se o vocábulo moralidade. E moralidade etimologicamente vem do termo moral. Explica Gregório Assagra de Almeida: “A moral deriva do latim *moralis*, relativo aos costumes. A ciência da moral é denominada ética.” (ALMEIDA, 2007, p. 308).

Emerson Garcia também traz em sua obra *Improbidade Administrativa* a noção do termo moral:

O conceito de moral é eminentemente volátil, sendo norteado por critérios de ordem sociológica que variam consoante os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético de determinado agrupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local, e os mentores de sua concepção. (...)

Assim, entende-se por moral o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época; ou sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência entre o bem e o mal. (GARCIA, 2013, p. 64-65)

Nesse sentido, o conceito de moral está relacionado a critérios que variarão de acordo com o local, o tempo e o costume de cada povo e, portanto, é um conceito volátil que traz consigo a transitoriedade e variáveis a ele intrínseco.

Há divergências acerca da existência de diferença entre os dois vocábulos, probidade administrativa e moralidade administrativa.

Wallace Paiva Martins Júnior defende que probidade administrativa seria um subprincípio derivado de moralidade administrativa, sendo essa última o gênero:

A probidade administrativa tem uma função instrumentalizadora da moralidade administrativa, e, no aspecto repressivo, significa a imoralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado, que pode ser qualquer uma das três espécies indicadas na Lei Federal nº 8.429/92 (enriquecimento ilícito; lesão ao erário; atentado aos princípios da administração pública, pois que abrange o dano contra valores morais da administração pública. (MARTINS JUNIOR, 1999, p. 103)

A corrente contrária, capitaneada por Emerson Garcia e Rogério Alves, sustenta que o princípio da probidade é mais amplo que o da moralidade. Fundamenta que o princípio da probidade abarcaria os demais princípios constitucionais da Administração Pública. Essa corrente também é defendida por Gregório Assagra de Almeida, que justifica ser o princípio da probidade decorrência do princípio democrático (art. 1º, *caput*, da CR/88):

A probidade é o próprio dever de honestidade, de lisura, de observância dos valores morais como patrimônio público de determinada comunidade (está aqui a sua dimensão subjetiva), ao mesmo tempo em que também se constitui no dever constitucional de cumprimento, no campo das suas respectivas incidências, da Constituição e das demais leis (está aqui a sua dimensão objetiva). Com isso, o princípio da probidade abrange tanto a boa-fé subjetiva ou psicológica, quanto a boa-fé ética ou objetiva. (...)

Para sustentar que a probidade é espécie de moralidade seria necessário admitir também a legalidade e a eficiência como espécies de moralidade. Não nos parece que tenha sido esse o espírito do legislador constituinte, que arrolou a moralidade como um dos princípios da administração pública e não como diretriz geral, da qual decorria os demais princípios. A probidade seria essa diretriz. (ALMEIDA, 2007, p. 309-310)

A Constituição da República de 1988 tutela a probidade administrativa e a moralidade administrativa, conforme o artigo 37, *caput*, dispondo que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes e entidades deverão obedecer, entre outros princípios, o da Moralidade. E no artigo 5º do mesmo diploma, a moralidade administrativa poderá ser defendida pela Ação Popular a ser ajuizada por qualquer cidadão.

José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 345) faz um importante apontamento ao destacar que o atual texto constitucional brasileiro é o mais avançado e abrangente que os textos constitucionais anteriores. Barbosa Moreira (1991, p. 5) vai mais além para dizer sobre a notável expansão da Carta Magna ao inovar na expressão moralidade administrativa. Para o citado autor, a lógica da expressão também foi aplicada em relação a evolução das Constituições Federais brasileiras.

Destaca-se a inovação trazida no texto constitucional acerca da moralidade administrativa que também serviu para alargar o âmbito de admissibilidade da Lei de Ação Popular, Lei 4.717/65, promulgada sob a regência da Constituição Federal de 1946, pois o texto constitucional da Carta Magna Republicana de 1988 foi além dos ditames da lei ordinária.

A Constituição de 1988 prevê que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” enquanto a Lei 4717/65 promulgada originalmente sob a regência da Constituição Federal de 1946 e recepcionada pela atual Carta Magna estipula o seguinte:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao

patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 1º Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (parágrafo com redação dada pela Lei 6513/77 para incluir o termo “turístico”)

Pode-se concluir que para Barbosa Moreira, houve um alargamento de admissibilidade da ação popular, e dessa forma tornou-se possível recorrer a essa ação constitucional para anular ato lesivo a moralidade administrativa. Nesse sentido seguem as considerações do citado autor:

Penso que aqui houve um alargamento no âmbito de admissibilidade de ação popular: nós hoje podemos recorrer a ela para anular qualquer ato lesivo ao meio-ambiente, assim como também ao patrimônio histórico e cultural. (...) Onde a expressão é mais notável é no ponto em que a Constituição usa a expressão “moralidade administrativa”, aqui se trata de verdadeira inovação. (BARBOSA MOREIRA, 1991. p. 4).

Do mesmo modo, Gregório Assagra de Almeida chama atenção para a inovação trazida no texto constitucional com claro intuito de alargar a possibilidade de defesa da moralidade administrativa pela via da Ação Popular. O citado autor manifesta-se nos seguintes termos: “a Constituição Federal de 1988 ampliou o objeto da ação popular, em relação às Constituições anteriores, quanto à tutela: da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural; do meio ambiente.”. (ALMEIDA, 2007. p. 347)

Acerca do assunto moralidade administrativa, é de suma importância destacar o pioneiro da idealização sobre o estudo da Moralidade Administrativa que foi Maurice Hauriou em sua obra “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*”.

Hauriou (1914, p.435 e seg) foi quem criou a ideia de nulidade do ato administrativo quando identificado o excesso de poder praticado pela autoridade que tomou a decisão. Garcia (2013, p. 66) traz a síntese da teoria desenvolvida por Hauriou .

Para tratar do tema, Hauriou fez distinção entre a moral comum e a moral jurídica. A primeira direciona a conduta humana para distinguir entre o bem o mal. Enquanto a segunda, moral administrativa, deve ser analisada a partir das ideias de boa administração, conforme os princípios que regem a administração pública, ou seja, seria “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (Antônio José Brandão, 1951, p. 457, *apud* Maurice Hauriou, *Précis*, 7 ed.)

A relevância da doutrina de Hauriou foi fazer distinção entre legalidade estrita do ato administrativo e finalidade deste ato. Ao analisar esta última faceta do ato deve ser verificada a finalidade da prática do ato e a boa-fé envolvida, resultando assim no exame da moralidade administrativa. Com isso, permitiu o controle da legalidade formal e da finalidade, e por

extensão deste, controle da moralidade contida no ato administrativo. Nesse sentido, distingue o recurso por desvio de poder (com objetivo de boa administração) do recurso por violação de lei. Para ele, a moral administrativa é extraída do próprio ambiente institucional adstrito aos meios previstos em lei para cumprir a função do Poder Público.

Antônio José Brandão sintetiza bem essa ideia desenvolvida por Hauriou nos seguintes termos:

a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária da qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”. (BRANDÃO, 1951, p. 457)

Na visão de Emerson Garcia: “Hauriou captara e desenvolvera a ideia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público, o que exigia a construção de mecanismos que o mantivessem adstrito a esse fim” (GARCIA, 2013, p. 66).

O recurso por desvio de poder passou a ser utilizado pioneiramente pelo Conselho de Estado francês, a partir da segunda metade do século XIX, para perquirir o desvio de finalidade. Esse seria um vício impregnado de elementos subjetivos e restaria caracterizado quando o agente utilizasse dos poderes autorizados por lei para finalidade diversa do interesse público. Importante destacar que esse foi o embrião que culminou na teoria dos motivos determinantes hodiernamente conhecida.

Nesse sentido o autor Emerson Garcia descreve:

Ter-se-ia o desvio sempre que o agente utilizasse os poderes que lhe foram outorgados pela lei para fins dissociados do interesse público a ser alcançado pela modalidade ato utilizado (*la fin*) ou mesmo quando sua intenção (*but*), aparentemente direcionada à consecução dos objetivos contemplados em lei, buscasse satisfazer interesses meramente privados. Tomando como norte as decisões do Conselho do Estado, Hauriou cunhou a sua doutrina da moralidade administrativa, expressão até então não utilizada pelo referido órgão.

Posteriormente, especificamente no início do século XX, o Conselho de Estado passou a admitir a persecução da exatidão material dos motivos declinado, iniciativa que se refletiu na conhecida *teoria dos motivos determinantes*, largamente difundida no direito pátrio. (GARCIA, 2013, p. 67) (grifos nossos)

Segundo Garcia (2013, p. 66), alguns autores como Marcel Waline (1963, p. 489) e Georges Vedel (1973, p. 610) questionam a doutrina de Hauriou para dizerem que a afronta a legalidade importa em afronta à moralidade necessariamente e não concebem distinção entre elas.

Contudo, Hauriou defende que um ato poderá encontrar-se em conformidade com a lei, porém poderá apresentar confronto com a moralidade administrativa por não ter observado os ditames da justiça, honestidade, lealdade, dignidade e boa-fé.

Dessa forma, a legalidade estaria contida no conceito moralidade administrativa, porém esta seria mais abrangente que a primeira.

Nesse sentido, Emerson Garcia (2013, p. 67) faz a ponderação de que a moralidade administrativa demonstra relação de continência com o princípio da juridicidade, sendo que este abrange todas as regras e princípios condutores da atividade estatal. Portanto, uma vez violado o princípio da moralidade administrativa também estará transgredido o princípio da juridicidade, e assim autorizada a sua utilização como parâmetro para identificação dos atos de improbidade.

Emerson Garcia (2013, p. 89) também discorre sobre a teoria de Hauriou e destaca que pode haver vício de consentimento e a Administração poderia incorrer em prática de violência por causa de sua superioridade, caracterizando o excesso de poder. Para conferir o mínimo de proteção ao administrado, o ato administrativo deveria ser analisado sob a ótica da teoria da causa, sendo a causa o próprio fim almejado pelo agente. Dessa forma, a finalidade seria vista como o objetivo a ser alcançado com a prática do ato, pois a moral social requer que os atos jurídicos tenham um fim lícito. Para sustentar a sua teoria, Hauriou utilizou do Código Civil alemão da seguinte forma:

Para tanto, Hauriou se utilizou do Código Civil alemão (BGB de 1900) para sustentar que sempre que uma declaração encobrisse um fim outro que não o externado deveria ser realizada uma constatação objetiva dos usos correntes, confiando não na lei, mas preferencialmente na noção comum de boa-fé que existe no tráfego jurídico. (...). Com esta construção teórica, Hauriou buscou contornar a posição do Conselho de Estado que se abstinha de “examinar o vício em outro lugar que não seja a vontade jurídica da Administração, manifestada no mesmo ato, ou em atos anteriores”. Assim, seria evitado que o juiz, ao apreciar a licitude de uma declaração de vontade, se contentasse com o fim aparentemente mencionado na declaração, o que permitiria a consagração do fictício e a ocultação do verdadeiro. A garantia contra tal arbitrariedade fora consagrada pelo legislador francês na teoria da causa e pelo alemão na constatação objetiva dos usos correntes, confiando não na lei, mas na noção comum de boa-fé que existe no tráfego jurídico (§ 157 do BGB: “os contratos são interpretados como o exija a boa-fé, com consideração pelo costume do tráfego”) (GARCIA, 2013, p. 89)

Diante do exposto, pode-se concluir que a teoria defendida por Hauriou consagra a ideia de que o Poder Judiciário poderá desconstituir um ato administrativo praticado ilicitamente, sobretudo ao revelar a verdadeira intenção e motivação ilícita do agente que praticou o ato e assim impor sanções aquele que descumpriu os deveres de probidade e afrontou a moralidade administrativa e os seus princípios, além de violar a lei.

Independentemente da correlação entre as denominações moralidade e probidade e qual delas é considerada o gênero e a outra espécie, o importante a ser destacado é a preocupação do legislador constitucional e infraconstitucional de proteger na Administração Pública, a lisura, o dever de honestidade e de obediência aos comandos da lei constitucional e infraconstitucional.

3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CARACTERIZAÇÃO DO DOLO

A probidade é tutelada pela Constituição da República de 1988 nos artigos: 37 § 4º; 15 inciso V; 85 inciso V; 105 § 3º inciso II e regulamentada pela Lei 8.429/1992, com sua última alteração realizada pela Lei 14.230 de 2021, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa.

A referida lei qualifica em três modalidades os atos de improbidade administrativa. São eles: os atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); os atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10º); e os atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública (artigo 11º).

A nova redação dada pela lei 14.230 de 2021 traz relevante alteração nos dispositivos 9º, 10º e 11º para incluir o vocábulo “doloso” ou “dolosa”. Assim, atualmente é exigido de forma expressa que esse elemento subjetivo seja parte integrante da qualificação dos atos considerados violadores da lei e da probidade administrativa, conforme descrito na Lei.

A Lei 8.429 de 1992 antes da alteração trazia a seguinte redação:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, *dolosa ou culposa*, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...). (grifos nossos)

Com a alteração dada pela Lei 14.230 de 2021 a nova redação ficou da seguinte forma:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, *mediante a prática de ato doloso*, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer *ação ou omissão dolosa*, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a *ação ou omissão dolosa* que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...). (grifos nossos)

Percebe-se que na redação anterior da lei de improbidade, no artigo 10 (trata do prejuízo ao erário) havia menção expressa à conduta “dolosa ou culposa”, enquanto nos artigos 9º (trata do enriquecimento ilícito) e 11º (trata de atentado contra os Princípios da Administração Pública) não foi mencionada nada sobre a qualificação do elemento subjetivo. Os artigos 9º e 11º foram silentes quanto à expressão dolo ou culpa.

Nos dispositivos vigentes da lei de improbidade administrativa, o elemento subjetivo, dolo, atualmente é exigido para caracterização dos atos de improbidade administrativa e, neste contexto, é oportuna a sua análise, especialmente no tocante à seara da improbidade administrativa e do direito penal.

Fábio Medina Osório (2006, p. 333) traz a distinção entre o dolo sob a ótica do direito administrativo e o dolo sob o prisma do direito penal. No primeiro considera que a infração administrativa tem seu o ponto de partida na ação ou omissão que não tem um permissivo legal, ou seja, está fora da legalidade ou dos estatutos da Administração Pública. Daí considera que se o agente descumpra as normas legais haverá uma infração dolosa independente do interesse perseguido. Já no segundo, no dolo penal, o ato tipificado penalmente tem seu núcleo na violação de uma proibição ou de uma norma penal proibitiva ou expressamente descritiva de um comportamento não desejado socialmente. Nesse sentido:

O dolo não é necessariamente a má-fé, porque há ilícitos graves que resultam de desvios comportamentais em face de exigências legais específicas. O desvio de finalidade, em que o agente busca interesse público completamente distinto daquele definido na regra de competência, talvez não se ajuste a uma idéia comum de má-fé ou dolo. Porém, inegável que tal administrador ou agente público pode ser sancionado por seu comportamento ilegal, e essa ilegalidade pode ser compreendida como um limite ao estilo patrimonialista ou personalista de governar, administrar ou simplesmente atuar. (...)

Trata-se, destarte, de uma estrutura proibitiva complexa, que parte de uma ausência de permissão para a ação ou omissão do agente público particular. Diferente é a base do direito penal, que proíbe comportamentos originariamente permitidos ou não proibidos. A infração administrativa, nesses termos considerada, tem seu ponto de partida na ação ou omissão sem o permissivo legal, quando se trata de alcançar relações de especial sujeição do indivíduo ou pessoa jurídica ao Estado. O ato penalmente típico, por seu lado, geralmente, tem seu núcleo na violação de uma proibição ou no ajuste da conduta do agente a uma norma penal implicitamente proibitiva e explicitamente descritiva de um comportamento.

Se um agente descumpra abertamente normas legais, pouco importa o interesse perseguido, há uma infração dolosa.

Vontade e consciência de realização dos elementos da figura típica, eis o dolo comumente conceituado no direito penal e que, de forma um pouco mais flexível e

elástica, diante da maior amplitude típica da infração administrativa, há de ser aceito também do Direito Administrativo Sancionatório. (OSÓRIO, 2006, p. 333)

Portanto, para Fábio Medina Osório, o dolo visto sob a ótica do direito administrativo está fundado na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta contrária aos princípios administrativos, à lei e aos deveres de honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições, independente do interesse ou da finalidade especial a ser atingida.

O referido autor é um dos defensores do Direito Administrativo Sancionador. Embora não exista consenso na doutrina sobre a existência dessa categoria do Direito Administrativo, são defensores do Direito Administrativo Sancionador além de Fábio Medina Osório, também Edílson Pereira Nobre Júnior, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Raphael Munhoz de Mello.

Jose Roberto Pimenta Oliveria em estudo acerca do tema esclarece que o Direito Administrativo Sancionador:

é compreendido como ordenamento punitivo que pode substituir (despenalização) ou complementar (reduzir a administrativização do direito penal para resguardá-lo como *ultima ratio*) o sistema punitivo estatal de ilicitudes, havendo igualmente a análise de integração (convivência) desses dois regimes sancionatórios, visando, racionalmente, harmonizá-los na atuação punitiva estatal. (OLIVEIRA, 2020, p. 7)

Oliveira (2020, p. 24) destaca que o Direito Penal está direcionado para as atribuições de competência legislativa federal, enquanto o direito administrativo sancionador é disseminado por todas as esferas administrativas detentoras de autonomia político-administrativas.

Diante das categorizações em Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador é pertinente destinar o poder punitivo estatal da *ultima ratio* para o Direito Penal e direcionar a punibilidade de atos ilícitos à seara do Direito Administrativo Sancionador que tratará de institutos como o dolo de forma adaptada e menos rigorosa que os moldes exigidos no Direito Penal. Contudo, será conferida conformidade no tratamento de cada categoria para atender o interesse público e servir para coibir atos contrários à lei e também à moralidade administrativa. Essa tratativa viabiliza o desenvolvimento de uma política sancionadora integrada com vista à racionalização do sistema jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro existe um microsistema de proteção à moralidade administrativa. Esse microsistema é formado principalmente pela Constituição da República (CR/88), e pelas Leis n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular - LAP), Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública - LACP) e Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Nestas normas estão previstas sanções cíveis e administrativas de natureza sancionadora e de cunho punitivo. Baseado nessa característica sancionadora, o Direito Penal

pode ser utilizado como paralelo para estudo do tema dolo, respeitada a separação das esferas cível, administrativa e penal.

O Estado é o detentor único do poder punitivo (*ius puniendi*) e quem dita as normas de direito público. Cabe ao Estado, mediante a legislação de normas públicas, definir quais situações jurídicas serão punidas pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo sancionador, obedecida a ordem de relevância dos bens protegidos pela ordem jurídica.

Portanto, um dia o ato ilícito pode ser um ilícito penal e no dia seguinte, sobrevindo a alteração normativa, o ato passar a ser considerado ilícito administrativo. Partindo dessa premissa, é razoável utilizar o estudo do dolo conforme o Direito Penal e aplicá-lo ao Direito Administrativo sancionador, com as devidas adaptações, se necessário.

Fábio Medina Osório defende a aplicação de princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador nos seguintes termos: “A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade do ‘ius puniendi’ do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador” (OSÓRIO, 2005, p. 120).

Rogério Gréco (2008) define dolo nos seguintes termos: “Dolo é a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador. (...) o dolo é formado por um elemento intelectual e um elemento volitivo.” (GRECO, 2008, p. 183).

No mesmo sentido Welzel traz os elementos formadores do dolo. Para o citado autor

(...) toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo” (WELZEL, 1987, p. 77)

De acordo com a definição citada, a consciência equivale ao momento intelectual do dolo e a vontade equivale a decisão de querer realizar determinada atividade humana.

Greco (2008) quando trata do assunto consciência dentro do tema dolo diz: “O agente deve ter consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo.” (GRECO, 2008, p. 183)

Quanto à vontade, é relevante mencionar que determinados autores fazem distinção entre desejo e vontade. Para Patricia Laurenzo Copello:

o primeiro (desejo) não passaria de uma atitude emotiva carente de toda eficácia na configuração do mundo exterior. A vontade, ao contrário, constituiria o motor de uma atividade humana capaz de dominar os cursos causais. Daí que só esta última possa erigir-se em um dado relevante na imputação subjetiva de resultados. (COPELLO, 1999, p. 275)

Considerada a distinção, o desejo estaria apenas no plano das ideias, das cogitações, não suficiente para desencadear qualquer ação humana, portanto, não poderia ser objeto de

reprimenda ou punição. Por outro lado, a vontade é considerada um motor de uma atividade humana com a capacidade de estimular a ação, e, portanto, vai além do plano das ideias, sendo capaz de determinar a conduta humana que pode ser objeto de imputação subjetiva de resultados.

Diante das considerações sobre o dolo, conclui-se que a melhor definição seria a seguinte: “dolo (...) é a vontade livre e consciente de praticar a infração penal. Dolo, portanto, é a conjugação da vontade com a consciência do agente, isto é, vontade de querer praticar a conduta descrita no tipo penal com a consciência efetiva daquilo que realizar.” (GRECO, 2008, p. 193).

Desse modo, presentes os elementos consciência e vontade, caracterizado estará o crime doloso. Sendo essa a percepção de dolo na seara penal que desperta o *ius puniendi* estatal.

Os elementos consciência e vontade são considerados de acordo com o preceito normativo contido no artigo 18, inciso I do Código Penal (CP):

Art. 18 – Diz-se o crime

Crime doloso

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2000) o Código Penal adotou as teorias da vontade e do assentimento. Greco (2008) explica:

Segundo a teoria da vontade, dolo seria tão somente 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.

Já a teoria do assentimento diz que atua com dolo aquele que, antevendo como possível o resultado lesivo com a prática de sua conduta, mesmo não o querendo de forma direta, não se importa com a sua ocorrência, assumindo o risco de vir a produzi-lo. Aqui o agente não quer o resultado diretamente, mas o entende como possível e o aceita. (GRECO, 2008, p. 186)

Assim, para a lei penal brasileira, age dolosamente quem quer realizar a produção do resultado ou assume o risco de produzi-lo ainda que não o deseje de forma direta.

Greco (2008) oportunamente destaca que: “a simples representação mental do resultado não poderá fazer com que o agente seja responsabilizado dolosamente, uma vez que deve, no mínimo, aceitá-lo, não se importando com sua ocorrência.” (GRECO, 2008, p. 187).

Dessa forma, deverá ser punido aquele que quis realizar o resultado ou ao menos assumiu o risco de produzi-lo.

Sobre o tema é relevante trazer a distinção entre dolo genérico e dolo específico, embora essa diferença fosse usual quando era utilizada a teoria natural da ação. Modernamente é adotada a teoria finalista da ação, onde “toda conduta é finalisticamente

dirigida à produção de um resultado qualquer, não importando se a intenção do agente é mais ou menos evidenciada no tipo penal” (GRECO, 2008, p. 192)

Na regência da teoria natural da ação, o dolo genérico não apresentava indicativo de finalidade específica da conduta do agente. Enquanto no dolo específico era possível identificar um fim especial de agir na conduta do agente enquadrada no tipo penal, por isso também denominado elemento subjetivo do tipo específico.

Ponto importante a ser esclarecido sobre o tema diz respeito a consciência. Há distinção entre consciência real e consciência potencial sobre a ilicitude do fato. Segundo Greco (2008), na consciência real o agente deve saber que a conduta praticada é ilícita, enquanto na consciência potencial basta a possibilidade de o agente ter acesso para alcançar tal conhecimento.

Cezar Roberto Bitencourt sustenta acerca do tema que:

(...) com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a *potencial consciência*. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada *consciência profana do injusto*, constituída do conhecimento da anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding, vêm naturalmente com o ar que a gente respira. (BITENCOURT, 2000, p. 326-327)

Desse modo, para a incidência da norma penal incriminadora, no que se refere a consciência da ilicitude, basta a possibilidade de obter o conhecimento sobre a ilicitude, sendo que esta possibilidade advém naturalmente em decorrência do convívio em sociedade, através das normas de cultura e dos princípios morais e éticos.

Essa é uma concepção decorrente da concepção finalista da teoria do delito. Sanzo Brodt destaca:

conforme a concepção finalista da teoria do delito, à reprovação não é necessária a atual consciência da ilicitude; basta a possibilidade de obtê-la. Daí conceituarmos consciência da ilicitude como a capacidade de o agente de uma conduta proibida, na situação concreta, apreender a ilicitude de seu comportamento. (SANZO BRODT, 1996, p. 17-18)

Guilherme de Souza Nucci também adota a teoria finalista do delito e faz a seguinte ponderação:

Preferimos o conceito finalista de dolo, ou seja, é a vontade consciente de realizar a conduta típica. Estamos convencidos de que todas as questões referentes à consciência ou noção de ilicitude devem ficar circunscritas à esfera da culpabilidade. Quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminador, pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido. Portanto, aquele que mata alguém age com dolo, independentemente de acreditar estar agindo corretamente (como o faria o carrasco nos países que possuem pena de morte). (NUCCI, 2009, p. 219)

Portanto, de acordo com os defensores da teoria finalista do delito, se o autor da ação teve condições de ter acesso ao conhecimento acerca da ilicitude da conduta, ainda que potencialmente, terá preenchido satisfatoriamente o elemento consciência, necessário para caracterização do dolo. Conforme citação anterior, para Nucci, em uma visão mais extrema, não importa se o autor sabe que realiza algo proibido, basta realizar a conduta que preencha o tipo penal incriminador e será suficiente para preencher o requisito consciência da ilicitude. Não é necessário adotar a visão mais extrema, mas ela serve para ilustrar que a ação realizada com vontade, ainda que o autor desconheça a tipicidade sobre aquele fato, porém em condições potenciais de conhecê-la, então estará configurada a atuação com dolo.

Bitencourt sustenta que todos os indivíduos têm potencial conhecimento da ilicitude, pois os seres humanos vivem em sociedade e tais conhecimentos são passados de forma cultural e moral. Esse pensamento sobre o potencial conhecimento da ilicitude pode ser perfeitamente aplicável no direito administrativo sancionador e utilizado na caracterização do dolo com o preenchimento do elemento consciência.

Nesse sentido, a conduta do agente administrativo será dolosa quando houver a potencial consciência da ilicitude do ato cometido. Tendo em vista o convívio social implicar necessariamente o conhecimento sobre regras éticas, morais e culturais, então será enquadrado como ato consciente.

Outro aspecto a ser destacado é o dever do agente público de conhecer e cumprir as normas da Administração Pública. Então, a conduta contrária aos precedentes descritos no estatuto da instituição também será dolosa, pois também será considerado o potencial conhecimento da ilicitude que atenta contra o estatuto.

Observa-se que se considera a conduta dolosa quando presentes dois elementos: a consciência da ilicitude e a vontade. O segundo elemento, a vontade, conforme já explicado, resta caracterizada quando o agente pratica o ato voluntariamente, ou seja, sem coação.

Portanto, as condutas descritas nos artigos 9º, 10º e 11º da Lei 8429/92 serão enquadradas como dolosas quando forem praticadas voluntariamente, pois cumpre o requisito da vontade. E sendo o agente público, conhecedor das normas estatutárias ainda que potencialmente, restará cumprido o requisito ato consciente.

Em relação à ótica civilista a respeito do tema dolo, segundo Sérgio Cavalieri Filho, este pode ser definido como “a vontade consciente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente do dever preexistente” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 55-56).

Para Cavalieri Filho (2006, p. 55), no dolo existe conduta voluntária do agente. Essa conduta nasce ilícita, então a vontade é dirigida à concretização de um resultado antijurídico. Logo, o dolo alcança tanto a conduta quanto o efeito lesivo dele resultante, ou seja, no dolo, o agente quer a ação e o resultado.

O mencionado autor faz considerações relevantes sobre o dolo na seara civil e penal. Para Cavalieri Filho (2006, p. 55), o dolo no direito civil não é diferente do dolo no direito penal. São substancialmente iguais, e tem os mesmos elementos, podendo divergir apenas no grau.

O direito penal está preocupado com a pena e ao direito civil o que interessa é a reparação do dano sofrido pela vítima. Portanto, o grau do dolo determinará a dosimetria da pena no direito penal, enquanto a extensão do dano definirá o valor da indenização no direito civil.

Sobre não haver a distinção referida segue a referência:

pelo nosso Direito vigente, o agente responde igualmente pelas consequências da sua conduta, sem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator, ou se a violação foi especialmente querida. Sustenta-se que a função da indenização é exclusivamente reparadora dos danos sofridos pelo lesado, não de punição ou sanção da conduta como na responsabilidade penal, onde o grau de culpa do agente exerce influência capital na graduação penal, (...) no crime a regra é a punição a título de dolo; (...). Ali, a pena é sempre proporcional ao elemento subjetivo – dolo ou intensidade da culpa. No Cível a indenização é proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objetivo da indenização – tornar indene – é reparar o dano o mais completamente possível. (...) Convém, ainda, ressaltar que não vemos nenhum fundamento para se dizer, como querem alguns, que o dolo e a culpa civil são diferentes do dolo e culpa penal. A rigor, substancialmente são iguais, têm os mesmos elementos; se diferença houver, será apenas no grau. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 54-55)

O entendimento acima defendido poderia ser refutado com um simples questionamento: se o defeito do negócio jurídico seria outra faceta do dolo no direito civil? Porém, Cavalieri Filho (2006, p. 55) explica que esse dolo tratado como defeito dos negócios jurídicos é uma denominação com sentido especial para indicar manobra fraudulenta utilizada por uma das partes do negócio que tem o intuito de induzir a outra a erro. Sendo essa uma exceção que confirma a regra, qual seja, quando se tratar de ato ilícito, o conceito de dolo é o mesmo do Direito Penal. Nesse sentido explica:

É verdade que no Direito Civil, quando se trata dos defeitos dos negócios jurídicos, emprega-se a palavra dolo com um sentido especial, para indicar malícia ou manobra fraudulenta com que uma das partes do negócio procura induzir a outra a erro. Mas isso é apenas uma exceção que confirma a regra. Quando se cuida de ato ilícito, o conceito de dolo é o mesmo do Direito Penal. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 55)

O artigo 403 do Código Civil confirma que o dever de indenização independe de dolo e assim dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto ou imediato.”

Relevante mencionar o entendimento do Código Civil sobre ato ilícito. O artigo 186 CC diz o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A preocupação do direito civil é com a reparação do dano, logo, o artigo 927 do CC trata do dever de indenização quando ocorre o ato ilícito, nos seguintes termos: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” E o artigo 944 do CC reforça que o foco da seara civilista é a indenização medida pela extensão do dano, conforme descrito a seguir:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Feitas as distinções entre o dolo na seara penal, civil e administrativa tem-se que o Direito Civil utiliza-se do dolo para realizar a gradação da condenação que quantificará a extensão do dano e o valor da indenização em razão do prejuízo causado pelo agente.

Já o direito penal preocupa-se com o dolo pois é determinante para imputação de culpabilidade e fixação da pena.

E o Direito Administrativo transita entre a imposição de sanção, com o Direito Administrativo Sancionador e a obrigação da reparação dos prejuízos sofridos, embora não seja exigido o dano ou enriquecimento para aplicar a sanção, conforme autoriza o artigo 11 § 4º da Lei de Improbidade Administrativa com a seguinte redação:

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento *e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.* (grifos nossos)

Desse modo, resta claro que o dolo utilizado na seara penal é o mesmo a ser utilizado no âmbito administrativo, podendo inclusive ser utilizado nos domínios do Direito Civil.

Portanto, o dolo aplicável à Lei de Improbidade Administrativa é aquele que preenche os requisitos de consciência e vontade do agente que pratica o ato. Ademais, o elemento consciência estará cumprido quando houver potencial conhecimento sobre a ilicitude do ato. A análise do dolo quanto a aplicação da lei de improbidade administrativa também deve ser feita partindo do pressuposto que o agente público deve agir dentro das

normas da Administração, observadas as normas cogentes de caráter público, logo deve agir e fazer o que a lei manda, e caso a ação seja contrária a lei ou fora do que a lei indicou como fazer, descumprirá os ditames na norma pública.

Então a ação do agente, que representa o querer, a vontade (voluntariedade) conjuntamente com consciência sobre a ação, ainda que em potencial, que resulta no descumprimento da norma cogente e enquadramento em norma sancionadora configurará o dolo descrito na Lei de Improbidade.

No Direito Administrativo não há margem para fazer o que a lei não proíbe, as ações devem ser sobre o que a lei impõe. Assim, não há espaço para alegações de desconhecimento das regras. O agente público é potencial conhecedor delas e o agir fora destes liames equivale a descumpri-las.

E quanto se tratar principalmente de atos de improbidade administrativa que atentam contra a Moralidade Pública e os Princípios da Administração Pública, onde não há prejuízo material e independe de reparação do dano, deve ser adotada a teoria de Hauriou, onde o descumprimento da legalidade ou dos motivos (finalidade pública) que determinaram a prática de um ato administrativo devem culminar na nulidade do ato e imposição de sanção com o fim de proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa.

O Poder Judiciário poderá intervir para desconstituir o ato administrativo praticado ilicitamente ou com motivação ilícita. Essa última situação aplica-se quando for o ato aparentemente lícito, mas com intenção ilícita como, por exemplo, obter vantagem particular diante promoção pessoal com uso de verba pública, o que torna o ato ilícito e ímprobo. O agente público sabe ou potencialmente deveria saber que não pode realizar promoção pessoal com dinheiro público, então, ao agir dessa forma externa a vontade, na prática, do ato ilícito que lhe beneficia diretamente e demonstra consciência, ainda que potencial da ilicitude, sendo conduta dolosa passível de punição pela lei de improbidade administrativa.

O Recurso Especial Nº 765.212 - AC (2005/0108650-8), Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, publicado no Diário Oficial em 23 de junho de 2010, trata do assunto, sendo feita a análise sobre a vontade do agente, e é ponderado que no Direito Administrativo, a conduta do agente público não é praticada livremente, portanto, sua vontade está limitada aos ditames da lei e dos deveres inerentes ao exercício da função pública para o qual foi investido, observado o Princípio da Legalidade. Desse modo, o agente público tem o dever de conhecer as disposições legais sobre a Administração Pública e sobre as atribuições de seu cargo, sendo tais informações de conhecimento obrigatório para ele, bem como, tem o dever de agir dentro da legalidade.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça traz considerações acerca do dolo e demonstra o entendimento de que deveria ser considerado o dolo genérico, direto ou eventual, ou seja, “a vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora” (Jesus, 2009, p. 289). Para ilustrar referida linha de raciocínio, no artigo 11 da lei de improbidade administrativa, o dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa.

No citado acórdão, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Campbell, defende que somente estará caracterizada a improbidade se ocorrer conduta dolosa, ou seja, quando houver dolo genérico, direto e eventual, e isso acontece quando o administrador conhece ou deveria conhecer que o ato viola os deveres estatutários e age com vontade de contrariá-los.

O referenciado artigo 18 inciso I do Código Penal descreveu que configura o crime doloso: “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

A relevância da classificação do dolo genérico reside na configuração do dolo também quando o agente assume o risco de produzi-lo. Ou seja, restará caracterizado o dolo descrito na norma quando o for dolo direto ou dolo eventual (o agente assume o risco de produzir o resultado).

A nova redação da Lei de Improbidade Administrativa conferida pela Lei 14.230 de 2021 resolveu a divergência de interpretação da redação antiga que deixava a dúvida se os atos descritos nos artigos 9º, 10º e 11º da LIA deveriam ser cometidos com dolo apenas, ou dolo e culpa e em quais situações aplicaria um ou outro.

A nova redação confirmou que serão punidos os atos praticados com dolo. Também reforçou que a técnica de elaboração da Lei de Improbidade é semelhante à técnica de elaboração do Código Penal (CP) conforme pode ser extraída da técnica descrita no artigo 18 parágrafo único do CP: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Dessa forma, para o agente sofrer as penalidades previstas na Lei de Improbidade, deve ter praticado o ato ilícito com dolo, direto ou genérico. Se o ato for praticado por negligência, imprudência ou imperícia e houver violação dos deveres de honestidade, legalidade, imparcialidade ou lealdade às instituições, o ato será enquadrado como irregularidade administrativa e não improbidade administrativa.

Importante destacar que a incidência de irregularidade também é considerada infração, punível de forma administrativa, embora não seja nos termos da Lei de Improbidade. As irregularidades não serão consideradas fatos escusáveis. Elas serão objeto de sanção em

outras esferas de controle, como por exemplo: Tribunais de Conta encarregado da fiscalização, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministério Público ou a própria Administração Pública utilizando os mecanismos de controle interno ou externo, seja mediante processo administrativo ou outros meios.

O ato irregular ou ilegal que configura improbidade administrativa serão aqueles descritos pela Lei de Improbidade, Lei 8429/92, conforme qualificados pelo legislador. Ademais, as ilicitudes tipificadas como ímprobos serão objeto de discussão judicial e serão resolvidas pelo Poder Judiciário, enquanto as irregularidades não enquadradas na LIA serão corrigidas por outras esferas de controle de forma administrativa.

Dessa forma, a constatação do enquadramento de conduta dolosa será feita pelo magistrado no Poder Judiciário, quem será o responsável por identificar a presença dos elementos vontade dirigida ao descumprimento da norma e o conhecimento da ilicitude, ainda que potencial. Além desses elementos, o Magistrado também deverá identificar que a vontade do agente foi dirigida para fim diverso da finalidade pública, o que de fato demonstrará que a vontade do agente de fato era o descumprimento da norma. Acerca da demonstração da finalidade pública é que revela-se a importância da teoria de Hauriou neste estudo, pois diante da averiguação da finalidade pretendida pelo agente público ao praticar o ato administrativo que permitirá distinguir se a vontade dele foi destinada para uma finalidade pública ao praticar o ato administrativo ou se existiram interesse escusos que atrairão a incidência da Lei de Improbidade Administrativa e as penalidades nela descritas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 14.230/21 que conferiu nova redação à Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) veio impor a necessidade da configuração do elemento subjetivo, dolo, para caracterização da improbidade administrativa e imputação das sanções cominadas nessa lei. Com a nova redação não há espaço para discussão do elemento culpa. Sobre os atos que atentam contra a probidade administrativa cabe apenas a análise do elemento subjetivo dolo.

A conduta do agente será dolosa quando praticada com vontade (livre de coação) e consciente, considerada também a potencial consciência da ilicitude. A alteração da norma evidenciou a necessidade de estabelecer os contornos e abrangência deste elemento subjetivo. O presente estudo sugere que o dolo deve ser compreendido conforme delineado no Direito Penal, contudo levando em consideração que trata-se de conceito uniforme nas diversas searas do direito, variando apenas o grau de culpabilidade que afetariam os rigores da aplicação das penalidades ou no valor da indenização avaliada proporcionalmente à extensão do dano.

O presente trabalho também propõe a adoção do Direito Administrativo Sancionador enquanto categoria do Direito Administrativo especializada em tratar das infrações, ilicitudes e penalidades aplicáveis no ramo do Direito Administrativo. Essa categorização permite reservar o Direito Penal para os assuntos do poder punitivo estatal de *ultima ratio* e destinar temas correlatos do Regime Jurídico Público ao Direito Administrativo Sancionador que dará tratamento dos ilícitos proporcional à gravidade.

Dessa forma, será observada a ordem de relevância dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica o que favorecerá maior conformidade e proporcionalidade no tratamento do tema. Assim sendo, ao Direito Administrativo Sancionador caberia a tutela do patrimônio público, por exemplo, e a transgressão deste autorizaria a incidência das penalidades administrativas descritas na Lei de improbidade administrativa e na Constituição Federal de 1988. Importante destacar que os atos contrários à improbidade administrativa são tratados pelo Poder Judiciário, logo, as sanções são aplicadas pelo Magistrado, o que garante maiores garantias contra arbitrariedades.

Sendo os atos de improbidade julgados pelo Judiciário, o enquadramento da conduta dolosa será realizada pelo Magistrado quem identificará a presença dos elementos essenciais para caracterização do dolo, ou seja, a vontade dirigida ao descumprimento da norma e o conhecimento da ilicitude, admitido potencial conhecimento da ilicitude.

Além do mais, com fundamento na teoria de Hauriou, também é necessário identificar a finalidade do ato, se a vontade do agente foi dirigida para fim diverso da finalidade pública, revelando a verdadeira intenção e motivação do agente que praticou o ato. Assim, o ato praticado contra a lei e com finalidade diversa da finalidade pública será ato ilícito, contrário à moralidade pública e aos princípios da Administração. Portanto, deverá ser punido conforme preconiza os ditames e as sanções impostas na Lei de Improbidade Administrativa com o fim de proteger o patrimônio público, os princípios da Administração pública e a moralidade administrativa.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista de Processo nº 61, 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, A. J. *Moralidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 25, p. 454–467, 1951. DOI: 10.12660/rda.v25.1951.12140. Disponível em: <https://hml-bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL, Constituição (1998) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1998.

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 31.Dez. 1940.

BRASIL, LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05.Jul. 1965.

BRASIL, LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 03.Jun. 1992.

BRASIL, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11.Jan. 2002.

BRASIL, LEI Nº14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26.Out. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COPELLO, Patricia Laurenzo. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 8ª ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. V. 1. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 5ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OSORIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANZO BRODT, Luis Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

WALINE, Marcel. *Droit administrative*. 9ª ed. Paris: Sirey, 1963.

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