



Fernandes e Risso: Dolo na condenação e alterações na LIA

Com as alterações provocadas na LIA (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei nº 14.230/2021 inseriu o §2º no artigo 1º da lei nº. 8.429/1992. Para os fins de condenação por improbidade administrativa, dolo é a "vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta lei, não bastando a voluntariedade do agente".

Da literalidade do dispositivo, depreende-se que a condenação por ato de improbidade administrativa exige dolo específico do agente. Esse elemento subjetivo especial caracteriza-se pela "intenção do sujeito ativo, no momento da prática do delito, extrapolar (ir além) os limites de seu âmbito objetivo"^[1]. É a finalidade, anterior e conscientemente prevista, que o agente pretende com a prática do ilícito. Por isso, para configurar o ilícito de improbidade administrativa exige-se que a ação do réu tenha sido praticada com um especial fim de agir.

No âmbito do direito penal, as redações dos tipos penais que demandam dolo específico possuem, geralmente, "expressões que indicam a finalidade da conduta do agente"^[2], como "com o fim de" e "com o intuito de". Por exemplo, o crime de perigo de contágio de moléstia grave (CP, artigo 131) irá se caracterizar quando o agente "praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio".

Neste delito, não basta que o agente pratique ação apta a produzir o contágio da doença; é necessário que ele pratique esta ação, mas com a finalidade de transmitir a moléstia grave a outra pessoa. Este elemento volitivo "adicional" constitui o dolo específico.

O dolo específico se contrapõe ao dolo genérico. Este, por sua vez, caracteriza-se pela cognoscibilidade e voluntariedade do sujeito. "Constitui o elemento central do injusto pessoal da ação, representado pela vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo"^[3]. Basta a vontade e a consciência do agente para a prática do ato, dispensando-se um especial fim de agir.

Nesse contexto, é verdade que algumas condutas transitam em semelhança entre as instâncias penal e administrativa sancionadora. Há uma similitude objetiva entre as disposições normativas. Uma mesma ação pode configurar o delito previsto no Código Penal, no artigo 333-F^[4]; e, o ilícito disposto na LIA, no artigo 11, inciso V^[5]. No entanto, enquanto a norma administrativa sancionadora estabelece a exigência do dolo específico para a condenação por improbidade, a norma penal pode gerar dúvidas a respeito da necessidade do tipo subjetivo especial.

Com isso, surge o problema que ora pretende-se discutir. Para condenação pela prática do crime previsto no artigo 333-F do Código Penal demanda-se o dolo específico exigido para caracterizar a mesma conduta disposta no artigo 11 inciso VIII da Lei de Improbidade Administrativa?

Vale dizer que, antes das alterações provocadas pela Lei nº 14.230/2021, o STJ tinha posição sedimentada sobre a desnecessidade do dolo específico para condenação por improbidade administrativa, a exemplo do julgado no REsp 1.275.469/SP, de relatoria do ministro Sérgio Kukina. Portanto, o elemento subjetivo geral era suficiente para caracterização do ilícito.



De toda forma, como pressuposto para o exame da questão, é necessário avançar sobre a unidade entre as instâncias sancionatórias do Estado, administrativa sancionadora e penal.

Prado^[6] aponta que as sanções "decorrem igualmente do exercício do direito de punir estatal em relação aos ilícitos praticados no âmbito da Administração Pública". Daí porque, parece certo identificar a existência de um mesmo e único *ius puniendi* do Estado. A atribuição de penas e sanções derivam da idêntica potestade sancionatória, guardando entre si uma unidade atributiva de sancionamento do indivíduo.

A propósito, Oliveira e Grotti^[7] destacam a aproximação entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, ora fixada num paradigma de unidade sistêmica do poder sancionatório do Estado. Para os autores existe uma relação de substituição-complementação entre os dois nichos punitivos, razão pela qual afirmam a necessidade de "integração (convivência) desses dois regimes sancionatórios, visando, racionalmente, harmonizá-los na atuação punitiva estatal"^[8].

Por isso, independentemente da instância, a aplicação de uma sanção (*lato sensu*), de qualquer natureza material, deve fundar-se na identidade, simetria e unicidade punitiva estatal, necessariamente sistêmica.

Inobstante as convergências, por mais que se possa cogitar de uma aproximação qualitativa entre as sanções administrativa sancionadora e criminal — seja pela similitude material, como pela identidade lógica —, as duas instâncias distinguem-se. O sistema punitivo, embora uno, atribui sancionamentos de naturezas materiais diversas entre si, cuja verificação fático-normativa e a sistemática processual do *ius puniendi* são igualmente divergentes. Tanto é verdade que — também porque fundamental no sistema sancionatório —, o grau de proteção dos direitos individuais é um traço distintivo entre as especificidades processuais de cada instância. Isto é, especificamente restrito à abordagem que se propõe, o rito de persecução estatal penal e administrativo sancionador se diferenciam.

No entanto, sem avançar, neste espaço, na diferenciação entre as instâncias — mas, também, porque independentes — a proximidade não pode confundi-las. Aliás, o que convencionou-se chamar de Direito Administrativo Sancionador — caracterizado como a expressão da punição estatal "*que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado*"^[9] —, deve ser entendido como um ramo autônomo de aplicação de sanções estatais, como bem defendido por Osório^[10].

Vale destacar que essa posição de autonomia encontra divergências no âmbito prático. A exemplo disso, no julgamento do ARE 843.989, alguns ministros do STF (Supremo Tribunal Federal), com destaque para Luiz Fux e Alexandre de Moraes, apontaram para a inexistência de um Processo Administrativo Sancionador autônomo. Em contraponto, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) já reconheceu, mesmo antes das alterações realizadas pela lei nº. 14.230/2021, a existência de um regime sancionatório específico no âmbito administrativo sancionador, a exemplo do julgamento do AgRg no AREsp 27.704/RO, relatado pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Fixadas essas premissas, vale analisar duas situações sob o problema que se propôs. Num primeiro momento, existindo uma dupla possibilidade condenatória, com duas ações em trâmite: no âmbito penal, pelo ilícito previsto no artigo 333-F do Código Penal; e, no âmbito administrativo sancionador, pelo disposto na lei nº. 14.230/2021, artigo 11 inciso VIII. Questiona-se se um mesmo sujeito pode ser penalizado pela prática de um mesmo delito tendo incorrido em dolo genérico e, noutra instância, tendo a exigência do dolo específico.

A solução parece ser negativa. Isso porque, a divergência condenatória, quanto à exigência do tipo de dolo, afeta a própria segurança jurídica do sancionado.

Ora, como exposto, apesar de as instâncias administrativa sancionadora e penal serem distintas, o sistema punitivo estatal é uno e, portanto, deve ostentar coerência sistêmica. A mesma conduta descrita não pode demandar, para fins de condenação, dolo específico na seara sancionadora e, por outro lado, dolo genérico no âmbito criminal.

Isto porque a condenação criminal pelo artigo 333-F do Código Penal poderá resultar em pena privativa de liberdade ao agente; enquanto a sanção por improbidade resultará, no máximo, em multa e proibição de contratar ou de receber benefícios fiscais, estes pelo prazo de quatro anos (lei nº 8.429/1992, artigo 12, inciso III). No processo penal, a observância aos direitos e às garantias fundamentais do acusado é mais acentuada, justamente porque o resultado final poderá ser a afetação de bem jurídico de maior relevância: a liberdade pessoal. Assim, não faz sentido que o critério para condenação seja mais rigoroso do que na esfera criminal.



Os paradigmas da unidade jurídica e da independência entre

as instâncias sancionatórias do Estado devem conciliar-se na responsabilização individual. De qualquer maneira, caberia o questionamento sobre a autonomia entre as instâncias, em virtude de uma relação de sujeição que pode parecer se impor. No entanto, não se trata de uma subjugação. As apurações criminal e administrativa sancionadora possuem autonomia entre si, de modo que a responsabilização numa instância não impõe, necessariamente, na outra. O que se defende é que não pode haver divergência na aferição do desígnio subjetivo do réu diante da prática de uma mesma conduta ilícita.



Por último, ainda entendemos que, se não observado o dolo específico para a condenação criminal, os efeitos civis da sentença penal condenatória com base em dolo genérico não deverão incidir absolutamente (CPP, artigo 63 e 66; CPP, artigo 91, inciso I; CPC, artigo 515, inciso VI), especialmente, quanto à executoriedade. Isso porque, no âmbito dos desdobramentos não criminais, prevaleceria a exigência condenatória especial inaugurada pela Lei nº 14.230/2021. A especialidade legislativa cria, por si mesma, um imperativo que passa a especializar a respectiva exigibilidade das condenações; e que, por consequência, torna-se requisito para execução da sentença condenatória por improbidade administrativa.

A segunda situação verificada é aquela em que não há tramitação de ação de improbidade com a imputação da Lei nº 8.429/1992, no artigo 11, inciso VIII. Nesse caso, para condenar o réu com base no artigo 337-F do Código Penal bastaria o dolo genérico?

A resposta também parece ser negativa, pelos mesmos motivos anteriores. Os próprios princípios da legalidade e da segurança jurídica (CRFB, artigos 5º e 1º, *caputs*) garantem ao indivíduo a unidade do sancionamento estatal. Embora não se cogite de uma possível divergência entre as sentenças criminal e administrativa sancionatória, como na situação anterior, a unidade sistêmica impõe a exigência do dolo específico para a condenação criminal.

Verifica-se da leitura do artigo 337-F do Código Penal que o tipo penal exige, para sua caracterização, o dolo específico do agente: "com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação". Portanto, para configuração do crime não basta que o agente frustrasse ou fraude o caráter competitivo da licitação; é necessário que pratique tal conduta com a finalidade específica de obter a vantagem disposta. Entretanto, Bitencourt^[11] destaca que "*para que a conduta seja típica não é necessário que a vantagem pretendida seja alcançada, sendo suficiente que exista, com fim especial, na mente do sujeito ativo, isto é, que ela seja o móvel da ação*".

De toda forma, o caminho trilhado pelo Direito Administrativo Sancionador ainda é incipiente. Sua autonomia ainda é questionada e, muitas das vezes, as interseções com o Direito Penal mais anuviam a adequada aplicação das normas administrativas sancionatórias. À jurisprudência impõe-se o desafio de uma construção decisória capaz de lançar luzes de diferenciação para diminuição da complexidade deste ramo. De toda maneira, ao indivíduo deve ser garantido, minimamente, um modelo sancionatório racionalizado, uno e sistemático.

[1] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022, p. 413.

[2] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1*. 22. ed. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2020, p. 302.

[3] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral – 1*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, p. 135.



[4] 337-F: Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório. Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

[5] 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: [...] V – frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

[6] PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 75.

[7] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 22, n. 120, p. 83 – 126, mar./abr. 2020, p. 89.

[8] *Idem Ibidem.*

[9] 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, n. 2, mai./ago. 2021, p. 468.

[10] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

[11] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações* – 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 212.

Meta Fields