

# O elemento subjetivo e a tipicidade da lei de improbidade no art. 11 da nova lei

*Luis Francisco Aguilar Cortez*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Controlar a Administração Pública e seus agentes. 2.1 Autoridades com responsabilidade. 3. Improbidade e dolo. 3.1 A nova tipicidade e o contexto constitucional. 3.2 O elemento subjetivo na Lei 14.230/2021 e o Direito Penal. 3.3 Limites e desafios. 4. Considerações finais.

## 1. Introdução

A Lei 14.230/2021 modificou substancialmente a conceituação e o regramento da improbidade administrativa no direito brasileiro, entretanto, diante do destaque constitucional atribuído ao tema e dos princípios e conceitos gerais que disciplinam nosso ordenamento jurídico, as modificações introduzidas devem ser avaliadas em seu contexto normativo, observado seu *status* constitucional e os bens jurídicos tutelados.

Tal delimitação já se iniciou e motivou as decisões do Supremo Tribunal Federal na ARE 843.989, fixando teses de repercussão geral quanto à irretroatividade da nova lei e necessidade de análise do elemento subjetivo – dolo – para as ações em andamento, além de outros questionamentos, destacando-se a ADI 7042, ao afastar a legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público para as ações de improbidade, e a ADI 7043, ao suspender a obrigatoriedade na atuação da advocacia pública para a defesa de agentes públicos acusados pela prática de atos de improbidade<sup>2</sup>.

As decisões reforçam a necessidade de estabelecer, na aplicação da nova lei, afinidades e diferenciações entre as modalidades de

---

<sup>1</sup> Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Diretor da Escola Paulista da Magistratura (EPM) – biênio 2020/2021; professor titular na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

<sup>2</sup> Acórdãos ainda não publicados.

responsabilização penal, civil e administrativa, bem como parâmetros para a aplicação do denominado direito administrativo sancionador, a fim de preservar os bens jurídicos tutelados pela norma constitucional, permitindo avaliar a responsabilidade por ato de improbidade como categoria diferenciada no controle da atividade dos agentes públicos.

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

Desenvolvemos aqui, nesta linha interpretativa, uma análise para a aplicação da nova Lei de Improbidade no que se refere à exigência do dolo para tipificação da conduta, conjugada com os fins e bens jurídicos tutelados no exercício da atividade pública.

## **2. Controlar a Administração Pública e seus agentes**

Os desafios históricos enfrentados com as diferentes configurações do Estado para o exercício do poder, na busca do bem comum, colocaram o Estado brasileiro, especialmente após os anos 1990, mais perto do modelo de indutor de políticas públicas, reduzindo a intervenção estatal direta na execução dos serviços e atividades, mantida sua capacidade de disciplinar a atuação realizada por meio da iniciativa privada (Estado regulador).

Tal configuração do Estado e da Administração conduz à implementação de novas formulações jurídicas, além daqueles modelos e procedimentos historicamente aplicados, bem como à necessidade de reestruturação da própria relação Estado/Sociedade, de modo a garantir legitimidade e eficiência na gestão pública, como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais.

A crescente complexidade e alcance das relações econômicas e sociais refletem na ampliação da normatividade, seja com a maior influência de normas técnicas e de gestão, em prejuízo das fontes normativas clássicas<sup>3</sup>; seja com o enfraquecimento da lei em sentido estrito (e do Legislativo) como principal fonte do Direito, a ensejar a predominância do Executivo

---

<sup>3</sup> FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standars e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

e do Judiciário na construção do Direito<sup>4</sup>; maior normatividade implica, de outra parte, a ampliação da esfera de atuação dos agentes públicos.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e dos anos 1990, foram introduzidas importantes mudanças normativas e estruturais, acrescendo direitos protegidos constitucionalmente e mecanismos para o acompanhamento das atividades públicas; no âmbito da Administração podemos destacar a introdução do princípio da eficiência<sup>5</sup>, ao lado dos demais princípios que regem a atividade pública<sup>6</sup>, com o incremento das privatizações de serviços essenciais, a criação das agências reguladoras, a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal e das parcerias público-privadas, tudo a indicar um novo modelo para a atuação estatal.

As exigências para um diferente modelo de funcionamento da Administração Pública, aqui entendida como todas as funções públicas nas diferentes esferas de poder (federal, estadual e municipal; executivo, legislativo e judiciário) e a necessidade de estabelecer novas formas de legitimação do poder estatal perante a sociedade, tem demonstrado a insuficiência dos mecanismos tradicionais de controle da Administração, especialmente aquele focado no controle interno – realizado pela própria Administração (autotutela) – e controle externo – realizado por meio das diferentes funções estatais, nomeadamente: Legislativo e Judiciário, bem como pela sociedade (notadamente via eleições).

Ao lado deste controle institucional<sup>7</sup> ressaltou-se, então, a exigência de *accountability*, englobando o dever de prestar contas dos agentes públicos e a possibilidade de sua responsabilização por irregularidades na gestão dos recursos públicos<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Paolo Grossi refere-se à multiplicação de fontes do Direito e a sua “destipificação” (GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma: Laterza, 2015). Sabino Cassese aponta a transformação da Jurisprudência em fonte do Direito, fazendo com que o Juiz se torne legislador (CASSESE, Sabino. *Le pouvoir des juges*. In: DELVOLVÉ, Pierre (coord.). *Le pouvoir*. Paris: PUF, 2022. p. 325-336).

<sup>5</sup> Emenda Constitucional n. 19/1998.

<sup>6</sup> Em especial o artigo 37 da Constituição Federal.

<sup>7</sup> Refiro-me aqui as “instituições” como as estruturas formais, embora também sejam assim consideradas as regras mais duradouras que estabelecem os padrões de comportamento da sociedade.

<sup>8</sup> James Madison já alertava que “Ao modelar um governo para ser exercido por homens sobre homens, a maior dificuldade é esta: primeiro é preciso aparelhar o governo para que controle os governados; o passo seguinte é fazê-lo controlar-se a si mesmo. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 350).

Na mesma direção a constatação da necessidade de estabelecer padrões valorativos e éticos na atividade privada conduziu a implementação dos mecanismos de *compliance*.

Para fazer frente aos desafios surgidos, a doutrina já vem destacando a necessária reformulação do próprio sistema de separação dos poderes, no sentido de que este novo padrão deve incluir alguma forma de controle da integridade na atuação dos agentes públicos<sup>9</sup>.

De certa forma, além de constatar que o Direito e as instituições devem limitar o poder, é imprescindível evitar o risco de que apenas o Poder Executivo ou agências técnicas criem o Direito que irá limitá-los, ou que o Estado monopolize a formação das instituições que exercem o controle e a fiscalização<sup>10</sup>.

## 2.1 Autoridades com responsabilidade

O quadro normativo atual ampliou a possibilidade de avaliar os atos e contratos administrativos e estabelecer limites para a atividade pública, baseados em princípios e valores protegidos constitucionalmente, e estabeleceu novo patamar no controle da Administração, exercido pelos Tribunais de Contas e principalmente pelo Judiciário, todos fortalecidos com os novos instrumentos normativos, com a maior independência das instituições e a ampliação dos legitimados para provocar a fiscalização.

Todavia, declarar inconstitucional uma lei, anular ou rever um ato ou contrato, fixar limites valorativos para a atividade pública, são situações que dificilmente atingiam a esfera individual dos responsáveis por aqueles atos. Isto porque os mecanismos tradicionais de controle concentram-se em combater o abuso ou desvio de poder entre as diferentes esferas de atuação dos órgãos públicos para proteção individual ou coletiva, mas não geram, ou raramente resultam, na possibilidade de responsabilização do agente que estabeleceu aquela determinada prática administrativa irregular ou dos demais envolvidos.

---

<sup>9</sup> ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Traducción de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007. Também destacando a questão da responsabilidade: ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015.

<sup>10</sup> Os denominados novos riscos para as Democracias apontam para o rompimento do jogo democrático valendo-se do controle centralizador das próprias instituições democráticas.

A vinculação dos agentes públicos aos respectivos estatutos funcionais, a implicar na sua responsabilidade administrativa disciplinar, e a tipificação penal de condutas caracterizadoras de crimes contra a Administração Pública mostraram-se insuficientes para inibir condutas indevidas, principalmente para o controle da corrupção e para a implementação das práticas de boa gestão pública.

O poder funcional das autoridades deve ter como contrapartida a sua responsabilidade no exercício daquela função, a fim de equilibrar seu exercício. Assumir funções públicas ou associar-se com a Administração, significa aceitar limitações e controles, ter deveres vinculados às boas práticas éticas e de gestão, pautas obrigatórias para reduzir os riscos de abusos e desvios, a fim de manter a confiabilidade no sistema representativo.

No estudo da corrupção na Administração Pública é certo que o corrompido ocupa uma posição de poder ou exerce função institucional que lhe confere autoridade discricionária, por isso a maior necessidade de controle<sup>11</sup>. Agentes que desempenham funções com as características acima destacadas têm maior domínio sobre as próprias instituições que integram, a demonstrar ser insuficiente a autotutela e, muitas vezes, mesmo o controle horizontal entre as instituições.

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

Embora não se tenha avançado muito no debate quando da assembleia constituinte, houve a preocupação direta em afastar a tipificação da improbidade da esfera penal, o que ficou expresso no texto constitucional, escolha reafirmada quando dos debates para aprovação da lei de improbidade<sup>12</sup> e, posteriormente, aceita pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 736.351/SC<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> “As causas da corrupção recaem em três grandes categorias: instituições, incentivos e ética pessoal. [...] Para o enfrentamento da grande corrupção, os formuladores de decisão precisam ser responsabilizáveis pelas suas decisões” (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie Jo. *Corrupção e governo*. Tradução de Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV, 2020. p. 625, 629).

<sup>12</sup> Descreve o então ocorrido Fernando Gaspar Neisser em sua tese de doutorado *A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: um debate pela perspectiva penal*, orientador Alamiro Velludo Salvador Neto, São Paulo, 2018.

<sup>13</sup> Min. Roberto Barroso, j. 12 nov. 2013.

Incorporou-se, ainda, ao nosso Direito a necessidade de estabelecer “normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas” conforme previsto na Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 1996 e aqui promulgada com o Dec. 4.410/2002.

### 3. Improbidade e dolo

Na Lei 8.429/1992 (redação inicial) havia, como se sabe, a possibilidade de tipificação do ato de improbidade em três situações: enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10 e, posteriormente, acrescido do art. 10-A) e violação aos princípios que regem a atividade pública (art. 11).

Os referidos artigos continham tipos “abertos”, com rol exemplificativo de situações nos seus vários incisos.

Apenas o artigo 10 era expresso quanto às condutas culposas e dolosas e, quanto aos demais, afirmou-se na jurisprudência do STJ, ao longo do tempo, a necessidade do dolo<sup>14</sup>, passando igualmente a distinguir ineficiência ou falhas de gestão do ato de improbidade (a exigir “desonestidade” na conduta ou mesmo mencionando a necessidade de aferir má-fé)<sup>15</sup>.

As modificações ocorridas na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro<sup>16</sup> caminharam no mesmo sentido, referindo-se à necessidade de avaliar as condições nas quais o gestor público agiu (arts. 20 e 22) e prevendo a responsabilização apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro (art. 28).

Entretanto, os julgados e a doutrina administrativista não se aprofundaram na definição dos elementos constitutivos do elemento subjetivo da improbidade administrativa<sup>17</sup>, mantendo-se a dificuldade da sua análise no caso concreto.

---

<sup>14</sup> Dolo genérico – Ag Int no REsp 1.590.530/PB, Min. Herman Benjamin, DJe 6/3/2017.

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

<sup>16</sup> Alterações introduzidas por meio da Lei 13.655/18.

<sup>17</sup> Conforme destaca Vivian Maria Pereira Ferreira em relação à doutrina: FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos

### 3.1 A nova tipicidade e o contexto constitucional

Na conformação jurídica da improbidade no direito brasileiro, acima exposta, e nos termos defendidos em trabalhos anteriores<sup>18</sup>, não há uma identificação integral do regime jurídico do ato de improbidade com o direito penal ou com a responsabilidade civil<sup>19</sup>; inexistente, ainda, uma “padronização” do denominado direito administrativo sancionador<sup>20</sup>, embora, evidentemente, todos partilhem de princípios e garantias comuns, cuja ponderação na aplicação deve levar em conta os respectivos bens jurídicos tutelados<sup>21</sup>.

A improbidade acolhida em nosso ordenamento não se destina apenas a proteger a própria Administração dos maus gestores e puni-los, o que seria atendido pelos controles tradicionais, mas, ao possibilitar o controle daqueles que controlam a própria Administração, em todas as suas esferas de poder, visa principalmente proteger o interesse público no modelo representativo, na sua imprescindível relação com a sociedade, reconhecendo que múltiplos interesse formam o interesse público, o qual não se limita ao interesse da Administração ou do gestor público, e transforma-se, então, em importante instrumento de cidadania.

Temos, então, uma maior “abertura” quanto aos bens jurídicos tutelados, suprimindo lacunas na responsabilização penal, civil e administrativa, tendo em vista a situação privilegiada de determinados agentes públicos (poder decisório e de mando) e daqueles que, por seu intermédio, contratam e recebem recursos públicos, posição que fragiliza os meios convencionais de controle; justifica-se tal mecanismo de proteção porque o agente público tem, em regra, maior controle na sua atividade (sem a avaliação direta de resultado exigida no mercado

---

princípios da Administração Pública. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/t4j9F3M36jfcvPddbKMnXFK/?lang=pt>. Acesso em: 4 abr. 2022.

<sup>18</sup> Especialmente no trabalho de AMADEI, Vicente de Abreu. *Improbidade administrativa e sua reforma. Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, 15 mar. 2022. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81817?pagina=1>. Acesso em: 14 abr. 2023; e no meu trabalho: CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. *As alterações na Lei de Improbidade e sua aplicação retroativa. Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, 18 mar. 2022. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81858?pagina=1>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>19</sup> A nova lei afastou, contrariamente à lei civil, a possibilidade de atos culposos configurarem improbidade.

<sup>20</sup> Conclusão também adotada pelo STF no já referido julgamento da ARE 843.989.

<sup>21</sup> A crescente possibilidade de flexibilização na aplicação do direito penal indica a conveniência de conexão entre os regimes de responsabilidade sem, contudo, eliminar integralmente suas distinções.

competitivo/privado) e, muitas vezes, interfere nos próprios limites normativos que disciplinam sua conduta.

Não fosse essa a preocupação do constituinte, desnecessária seria a inclusão da improbidade no texto constitucional como esfera sancionatória diferenciada em relação ao direito penal<sup>22</sup>.

Assim, ao lado do inegável caráter sancionatório, o estímulo ao exercício virtuoso das atividades públicas cumpre outros fins, especialmente como prevenção para as condutas de improbidade<sup>23</sup>, quando há “quebra de confiança” no exercício de atividades públicas por parte de determinados agentes, o que retira a própria legitimidade da sua atuação e compromete a confiabilidade das instituições e do regime democrático.

Significa, de outra parte, que ao valer-se do direito penal para buscar uma melhor definição do elemento subjetivo exigido para configuração do ato de improbidade<sup>24</sup>, não se pode esvaziar o preceito constitucional, ao estabelecer a necessidade de conteúdo e avaliação específicos para responsabilização dos agentes por ato de improbidade.

A melhor “calibragem” na aplicação das normas é foco de interesse também no Direito Penal, cuja doutrina aponta a necessidade de reduzir a sua expansão, oferecendo alternativas sancionatórias com menor aplicação da pena de prisão e regras mais flexíveis, características de certa “administrativização do Direito Penal”<sup>25</sup>, usando mecanismos de prevenção

---

<sup>22</sup> Nesse sentido também não é possível a aplicação de um Direito Administrativo Sancionador integralmente correspondente ao Direito Penal na análise da improbidade, o que acarretaria, por via indireta, o mesmo “esvaziamento” do preceito constitucional.

<sup>23</sup> Ressalvadas as diferenças, caminhou nesse sentido a decisão do STF nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade 29 e 30, quando deliberou a respeito das mudanças introduzidas pela denominada Lei da Ficha Limpa (LC 135/10) na Lei das Inelegibilidades (LC 64/90), ao reconhecer que a nova lei não tinha conteúdo sancionatório mas sim estabelece “requisitos negativos” para habilitação a disputa de cargos públicos eletivos.

<sup>24</sup> Aponta Fernando Gaspar Neisser a necessidade de construção de um modelo intermediário no qual “a ancoragem do modelo intermediário em ponto mais próximo ao Direito Penal representa a adoção de um conjunto de garantias do qual não se pode abrir mão em um Estado Democrático de Direito. Seria perversa a interpretação segundo a qual a mera mudança de rótulo – de Direito Penal para Direito Civil – autorizasse o Estado a punir sem a observância de um núcleo mínimo de elementos, dos quais os conceitos de dolo e culpa fazem parte” (NEISSER, Fernando Gaspar. *A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 258, 260).

<sup>25</sup> CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.



técnica e orgânica e a criação de sistemas sancionatórios específicos, com configurações e fins diversos – “sistemas intermediários”<sup>26</sup> –, o que corresponde a uma inevitável graduação também na aplicação do Direito Administrativo Sancionador.

### **3.2 O elemento subjetivo na Lei 14.230/2021 e o Direito Penal**

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

Para o objetivo desta reflexão, destacamos a expressa inclusão do dolo (elemento subjetivo) como elemento integrante daqueles tipos, sem distinção entre eles.

Foi além o legislador, ao delimitar no que consiste o dolo para fins de configuração da improbidade, fixando que:

- *considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta lei, não bastando a voluntariedade do agente (art. 1º, § 2º).*
- *o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 1º, § 3º).*
- *[...] somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovada na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, § 1º).*
- *não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandato eletivo, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente (art. 11, § 5º).*

---

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 144-151.

Preocupou-se o legislador não só em deixar expressa a exigência do dolo para a caracterização do ato de improbidade, em todas as suas modalidades, mas em explicitar a necessidade do *ato de vontade direcionado ao fim ilícito*.

Trata-se do dolo direto (ou imediato) referido na doutrina penal, ou seja, quando o agente pratica a conduta dirigindo-a à realização do resultado por ele inicialmente visado<sup>27</sup>.

Em contrapartida, exclui-se a possibilidade de configurar ato de improbidade a conduta com dolo eventual, uma vez que a ele falta o direcionamento a determinado resultado, embora assumido o risco quanto a sua produção.

Não foi o caminho adotado pelo Código Penal (art. 18, I e II), todavia, mesmo no direito penal, ainda que com diferente enfoque, já se destacou que

*Na realidade, o especial fim ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez, como vimos, o dolo esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo. O especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é elemento subjetivo especial do tipo ou elemento subjetivo especial do injusto, que se equivalem, porque pertencem, ao mesmo tempo, à ilicitude e ao tipo que a ela correspondem<sup>28</sup>.*

Assim, embora discutível tal escolha do legislador para configurar o ato de improbidade, é possível sua inclusão como elemento essencial definidor do elemento subjetivo exigido para a configuração do ato de improbidade.

Com efeito, tais conceitos afastam a terminologia normalmente utilizada para aferição da prática de improbidade, relativa a dolo genérico e dolo específico, já menos utilizada em matéria penal<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322-323.

<sup>29</sup> Para os defensores da teoria causal da ação, assume importância a classificação do dolo em genérico e específico. O especial fim de agir recebe para seus partidários a denominação de dolo específico.

Anoto, ainda, que no referido julgamento do ARE 843.989 o relator ficou vencido em parte porque na sua proposta original defendia a possibilidade de analisar no caso concreto eventual má-fé ou dolo eventual do agente, enquanto prevaleceu o entendimento da maioria para constar apenas a necessidade de avaliar eventual dolo por parte do agente. Tudo indica que deve prevalecer a necessidade de aferir a presença do dolo direto.

Nesta aproximação com o Direito Penal não há espaço, portanto, para que se presuma a prática do ato de improbidade ou que se aproxime do conceito de responsabilidade objetiva do agente, a exigir prova da vontade do agente dirigida para o fim ilícito, cujo ônus compete ao autor da ação.

Evidentemente, tal exigência será ponderada em cada caso concreto, porque em algumas situações, por exemplo, nos casos de enriquecimento ilícito, a imensa variação positiva patrimonial pessoal sem origem lícita não permitirá, diante da conjugação com o exercício atividades de gestão de recursos públicos e celebração de contratos irregulares, presumir-se a retidão de conduta ou ausência de dolo direto, como, aliás, está expresso no art. 9º, VII, da nova lei, que transfere ao agente público a prova da licitude daquela evolução patrimonial.

Da mesma maneira, mesmo em situações menos evidentes, será necessário verificar as condições específicas da conduta do agente, seu conhecimento dos fatos, a existência ou não de recomendações técnicas (dos Tribunais de Contas, por exemplo), as circunstâncias reais que enfrentava quando da tomada de decisão, enfim todo o contexto existente<sup>30</sup>, para dele aferir o elemento subjetivo. Em outras palavras, na avaliação das características externas e perceptíveis da conduta, ao inquirir qual o sentido da ação praticada, é que será verificada a presença ou não do dolo, tudo a exigir melhor análise de provas e uma fundamentação adequada no julgamento das ações.

Verifica-se, conforme destacado, a crescente preocupação das teorias penais que apontam para a aferição do dolo, a necessidade de avaliação de “indicadores externos” reconhecendo que, embora o dolo corresponda a uma condição interna do agente, é preciso analisar as circunstâncias

---

Com o advento da teoria da ação final, esta classificação vem sendo paulatinamente abandonada, mas por razões pedagógicas continuam sendo mencionadas principalmente nos cursos e manuais de direito penal.” (PIERANGELI, José Henrique. *Código penal comentado*. Atualizado por Maria Aparecida Pierangeli Borelli Thomaz. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 61).

<sup>30</sup> Conforme também já apontava Vivian Maria Pereira Ferreira, op. cit., p. 11/13.

ligadas a sua atuação<sup>31</sup>; condição, aliás, exposta na já mencionada Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro<sup>32</sup>.

A proximidade dos conceitos de dolo para a improbidade e para o direito penal não impõe, todavia, idêntico rigor valorativo para o campo probatório, avaliando-se as provas em função dos bens jurídicos tutelados e resultados esperados, diante da menor carga sancionatória na improbidade (sem penas restritivas de liberdade) e maior carga de responsabilidade funcional quanto aos agentes públicos no exercício de suas funções típicas.

As novas limitações introduzidas para os inquéritos civis e as crescentes possibilidades de acordos de não persecução poderão fornecer os instrumentos para reduzir excessos no campo sancionatório.

#### 4. Considerações finais

O controle dos atos de improbidade administrativa é elemento essencial dentro do sistema de controles da atividade pública, distinguindo-se de outras modalidades, tendo em vista os diferentes bens jurídicos tutelados e fins visados.

Os agentes públicos e aqueles que, por seu intermédio, atuam junto à Administração Pública, ocupam posição diferenciada na destinação dos recursos públicos e sua regulamentação, notadamente, quanto à possibilidade de escolhas e sua fiscalização, a recomendar distinto grau de exigência ética e formas de responsabilização.

A nova lei de improbidade optou por uma tipificação mais “fechada” para a configuração do ato de improbidade e afastou a modalidade culposa, a indicar maior proximidade com os conceitos utilizados no Direito Penal.

O elemento subjetivo exigido corresponde ao conceito de dolo direto no Direito Penal, a exigir não só a voluntariedade do agente mas também a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito previsto na lei.

---

<sup>31</sup> HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Tradução de Maria del Mar Diaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, p. 909-932, 1990.

<sup>32</sup> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Esta configuração exige melhor avaliação do contexto no qual o ato foi praticado, especialmente quanto às suas condições e efeitos constatados, com adequada avaliação probatória e correspondente fundamentação.

Os resultados esperados com a aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo são distintos, a autorizar a construção de modelo comum quanto as garantias essenciais, todavia, com critérios diversos para a avaliação externa das condutas, diante da especial posição ocupada pelos agentes públicos na gestão de recursos e no seu direcionamento, a justificar correspondente responsabilidade funcional.

Implica reconhecer que os critérios de julgamento deverão ser distintos, ainda que casuísticos, no sentido de que será maior a dificuldade em estabelecer padrões gerais de conduta configuradores do elemento subjetivo na forma exigida, tendo em vista as inúmeras situações fáticas (externas) analisadas<sup>33</sup>.

Afastar, como regra, a possibilidade de presunção de conduta ímproba e da responsabilização objetiva, não impede, contudo, que se busque a máxima proteção aos bens jurídicos protegidos pelo *status* constitucional atribuído à probidade administrativa.

Diante de algumas “simplificações” nas análises iniciais relativas à norma agora vigente, doutrina e jurisprudência devem buscar um ponto de equilíbrio para o novo regramento, a fim de não esvaziar os bens jurídicos tutelados constitucionalmente e dar cumprimento à nova lei.

## Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Traducción de José Manuel Salazar. México: FCE, 2007.

AMADEI, Vicente de Abreu. Improbidade administrativa e sua reforma. *Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, 15 mar. 2022. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81817?pagina=1>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*: o pensamento de Hassemer e o Direito penal

---

<sup>33</sup> E existem limites para o próprio reexame de provas (Súmula 7 do STJ).

brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CASSESE, Sabino. Le pouvoir des juges. In: DELVOLVÉ, Pierre (coord.). *Le pouvoir*. Paris: PUF, 2022.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. As alterações na Lei de Improbidade e sua aplicação retroativa. *Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, 18 mar. 2022. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81858?pagina=1>. Acesso em: 14 abr. 2023.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/t4j9F3M36jfcvPddbKMnXFK/?lang=pt>. Acesso em: 4 abr. 2022.

FRYDMAN, Benoit. *O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma: Laterza, 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Tradução de Maria del Mar Diaz Pita. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, p. 909–932, 1990.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

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

PIERANGELI, José Henrique. *Código penal comentado*. Atualizado por Maria Aparecida Pierangeli Borelli Thomaz. São Paulo: Verbatim, 2013.

ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie Jo. *Corrupção e governo*. Tradução de Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.