

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO**

PAULO ROBERTO DA COSTA CASTILHO

**O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MODERNAS TEORIAS E
NOVA LEGISLAÇÃO**

Brasília-DF, 2021.

PAULO ROBERTO DA COSTA CASTILHO

**O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MODERNAS TEORIAS E
NOVA LEGISLAÇÃO**

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional Em Direito Econômico e Desenvolvimento, sob a orientação do Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges, apresentado para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Brasília-DF, 2021.

PAULO ROBERTO DA COSTA CASTILHO

**O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MODERNAS TEORIAS E
NOVA LEGISLAÇÃO**

**Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa
de Mestrado Profissional Em Direito Econômico e
Desenvolvimento, como requisito para a obtenção do
Título de Mestre em Direito.**

01 de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges– IDP
Orientador**

**Prof. Dr. Rodrigo de Gandis– IPD
Prof. Avaliador**

**Prof^ª. Dra. Marilda de Paula Silveira
Prof^ª. Avaliadora**

**Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães – PUCPR
Prof. Avaliador**

O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MODERNAS TEORIAS E NOVA LEGISLAÇÃO

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – NOÇÕES GERAIS DO DOLO NO DIREITO	11
1.1 – Contextualização:	11
1.2 – Análise do dolo nas principais ramificações jurídicas	15
a) Natureza jurídica do dolo na improbidade administrativa	17
b) Dolo na esfera civil	23
c) Dolo na esfera penal	29
CAPÍTULO 2 – O CONTEÚDO DO DOLO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	37
2.1 – Teorias psicológicas	37
a) Dolo psicológico-volitivo	38
b) Dolo psicológico-representacionista	42
2.2 – Teorias normativas	43
a) Dolo normativo-volitivo	44
b) Dolo normativo-cognitivo	46
c) Dolo normativo no Brasil	51
2.3 – Teoria Significativa da ação	53
CAPÍTULO 3 - DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APROFUNDAMENTOS	59
3.1 – Dolo, má-fé e improbidade	60
3.2 – O conteúdo do dolo na improbidade administrativa	66

CONCLUSÕES	77
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	79

RESUMO:

Existe muita divergência na doutrina e jurisprudência sobre o dolo em sede de improbidade administrativa. Posições antagônicas se formaram nos tribunais superiores com acalorados debates jurídicos. A Lei n. 14.230/2021, sancionada em 26/10/2021, que altera substancialmente a Lei n. 8.429/1992, atribuiu um conceito de dolo para a improbidade administrativa, porém, ainda possibilita grandes divagações. Apresentar uma construção teórica coerente, em consonância com as mais modernas teorias existentes sobre dolo e, também, observando as mudanças constantes na novel legislação, que colocou o dolo como a única forma de caracterizar o ato ímprobo, é o objetivo deste trabalho. Este estudo analisa as principais teorias do dolo existentes no mundo jurídico, desde o direito civil até o direito penal. Percorre as teorias psicológicas, normativas e finaliza com o estudo da recente teoria significativa do dolo. Com essa base teórica, analisa qual melhor se encaixa ao dolo desenhado para as demandas de improbidade administrativa. Por fim, aborda questões relacionadas à má-fé, voluntariedade e elementos constitutivos do dolo, ou seja, consciência e vontade, apurando qual teoria melhor se encaixa na seara da improbidade administrativa e qual deve ser abandonada.

Palavras-chave: improbidade administrativa, dolo, psicológico-descritivo, atributivo-normativo, má-fé.

ABSTRACT

There is a great deal of divergence in doctrine and jurisprudence on willful misconduct in administrative misconduct. Antagonistic positions formed in the higher courts with heated legal debates. Law no. 14,230/2021, sanctioned on 10/26/2021, which substantially amends Law no. 8429/1992, attributed a concept of intent to administrative improbity, however, it still allows for great digressions. Presenting a coherent theoretical construction, in line with the most modern existing theories about fraud and, also, observing the constant changes in the new legislation, which placed the intention as the only way to characterize the improbable act, is the objective of this work. This study analyzes the main theories of intent existing in the legal world, from civil law to criminal law. It goes through psychological and normative theories and ends with the study of the recent significant theory of intent. With this theoretical basis, it analyzes which one best fits the intent designed for the demands of administrative improbity. Finally, it addresses issues related to bad faith, voluntariness and elements that make up the intent, that is, conscience and will, investigating which theory best fits the scope of administrative improbity and which one should be disregarded.

Key-words: administrative dishonesty, intent, psychological-descriptive, attributive-normative, bad faith.

INTRODUÇÃO:

Há muito se estuda o dolo e, no decorrer dos anos, diversas teorias foram criadas por grandes filósofos e pensadores do direito. Porém, ainda hoje não existe consenso sobre seu conceito e seus elementos constitutivos.

O dolo é importante elemento em diversas matérias jurídicas, com destaque para o direito penal, no qual figura como o elemento central da teoria do delito, existindo, portanto, maior profundidade teórica nessas doutrinas.

Quando se fala em dolo na improbidade administrativa, a celeuma toma grandes proporções em razão da importância atribuída a ele para a caracterização do ato ímprobo, que, com a Lei n. 14.230/2021, sancionada em 25/10/2021, estabeleceu que somente condutas dolosas geram responsabilização por improbidade administrativa, além de trazer um conceito legal de dolo. A nova lei retirou a modalidade culposa de improbidade administrativa.

A inexistência de definição legal de dolo na improbidade administrativa (antes da Lei n. 14.230/21) acarretou interessantes debates doutrinários e jurisprudenciais, com posições antagônicas que foram da desnecessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo, até a necessidade de um dolo específico (aparentemente a posição adotada pela mencionada lei).

Ocorre que, mesmo com a conceituação legal de dolo para a improbidade administrativa, a discussão a respeito do tema não se esgota. Existe amplo campo para debates, em especial o conteúdo desse dolo.

Assim, analisar as principais teorias sobre o dolo já desenvolvidas, principalmente, pela dogmática penal, serve para encurtar o caminho da exata compreensão do dolo na improbidade administrativa, sem cometer os mesmos erros – se é que se possa adjetivar assim – cometidos pelos demais ramos jurídicos. Em outros termos, parece-nos que aproveitar todo o desenvolvimento doutrinário perpetrado pelo direito penal é o caminho mais lógico a ser seguido pelo direito administrativo sancionador.

O estudo das mais modernas teorias – ainda que de outras áreas jurídicas como do direito penal – para promover o estudo e desenvolvimento do dolo na improbidade administrativa deve sempre ser cogitada, mas com a necessária consideração das peculiaridades do direito administrativo sancionador, do qual a improbidade administrativa faz parte.

O trabalho tem por metodologia a revisão bibliográfica, sem, contudo, deixar de lado a observação das decisões paradigmáticas realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, conjugando, desta forma, a análise doutrinária com a solução judicial empregada.

Assim, o primeiro capítulo é desenvolvido as noções gerais do dolo para visualizar a natureza jurídica do dolo na improbidade administrativa, analisando as semelhanças e diferenças entre a improbidade administrativa e os ditos ramos jurídicos. Posteriormente, percorremos a forma como o dolo é trabalhado no direito civil e penal, para, desse modo, chegar à melhor forma de trabalhar o dolo na improbidade administrativa.

No segundo capítulo são apresentadas as principais teorias do dolo, separando-as em teorias psicológicas do dolo e teorias normativas do dolo, bem como, a teoria significativa da ação, que vem angariando adeptos mundo afora.

Conhecer as teorias psicológicas, normativas e a significativa do dolo é fundamental para subsidiar o estudo do dolo na improbidade administrativa, pois esse entendimento serve para unir o texto legal (Lei n. 8.429/92) com a melhor e/ou mais moderna técnica de emprego do dolo, evitando o cometimento de erros já superados em outros ramos jurídicos (civil e criminal).

Por fim, no terceiro capítulo desenvolve-se o estudo centrado nas peculiaridades da improbidade administrativa, suas particularidades, a análise do conceito posto pela Lei n. 14.230/21, a discussão sobre a necessidade da presença da má-fé no dolo ou para caracterizar a improbidade administrativa, conclui com a forma que se deve empregar os elementos constitutivos do dolo na improbidade.

Neste capítulo será demonstrada a teoria que melhor se adequa à improbidade administrativa, por meio de uma análise sistêmica, que leva em consideração diplomas constitucionais, a Lei de Improbidade Administrativa e a Convenção de Mérida.

Enfim, o tema, diante de suas peculiaridades, é muito importante, principalmente para o trato da improbidade administrativa após a reforma legislativa, além de ser bastante instigante e desafiador.

Conjugar o conceito legal trazido pela Lei n. 14.230/2021, com as teorias do dolo é o desafio posto ao operador jurídico, circunstância enxergada como elementar para o bom emprego do dolo na improbidade administrativa, avaliando qual teoria se encaixa com mais precisão ao dolo necessário para a caracterização do ato ímprobo.

Assim, o presente trabalho visa aprofundar o estudo do dolo na improbidade administrativa, oferecendo um caminho a ser percorrido pelo operador do direito, desviando de

obstáculos já superados pelos demais ramos jurídicos, observando diplomas legais nacionais e estrangeiros, além de colacionar posições jurisprudenciais que permeiam o tema.

O momento é propício para o presente estudo, pois se inaugura uma nova fase no trato das condutas ímprobas, e não existem até o momento posições jurisprudenciais sobre essa nova situação jurídica, estabelecido com a Lei n. 14.230/21 e a doutrina está sendo construída.

CAPÍTULO 1– NOÇÕES GERAIS DO DOLO NO DIREITO

1.1 – CONTEXTUALIZAÇÃO:

A exata compreensão do dolo tornou-se a principal temática no estudo da improbidade administrativa. Sobre ele já existiam ricos debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, onde mudanças de entendimentos ocorreram e continuam ocorrendo.

Decidir que o ato de improbidade administrativa foi praticado de forma dolosa possui grande repercussão prático-jurídica. Com a Lei n. 14.230/2021, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei n. 8.429/1992 – LIA, só a conduta dolosa configura ato de improbidade administrativa, potencializando, assim, a importância do tema.

Cabe lembrar que, mesmo antes da alteração legislativa, o dolo já possuía grande relevância jurídica haja vista que somente improbidades administrativas dolosas tornavam a ação de ressarcimento imprescritível¹.

Na mesma linha, somente as condenações colegiadas por atos dolosos de improbidade administrativa acarretavam a inelegibilidade do condenado, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar n. 64/1990².

O dolo, de uma forma geral, é tema estudado há séculos, desde a Roma antiga quando existia uma simbiose entre os dolos das esferas penal e civil e se adotava o conceito de *dolus malus*³.

Diversos e competentes estudiosos dedicaram tempo e despenderam esforços para aprofundar a análise do tema, o que gerou grandes mudanças de entendimentos com o passar dos anos. Trabalhar o tema do dolo é tarefa complexa, principalmente porque o

¹ O Supremo Tribunal Federal decidiu em 08/08/2018 no RE n. 852.475/SP, após mudança de entendimento dos Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso, que: “5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

² BRASIL. LEI COMPLEMENTAR N. 64/90: “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: 1) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;”

³ De acordo com CABRAL: “O dolo penal, nessa fase, era caracterizado por três perspectivas: (i) a má intenção do agente; (ii) a vontade má ou (iii) a vontade dirigida a lesionar, o que acaba por consubstanciar o denominado *dolus malus*. [...] Em conclusão, é possível dizer que, para o Direito penal romano, o dolo, desde o ponto de vista do conteúdo, era expressado pela má intenção do agente (*dolus malus*), enquanto que, desde uma perspectiva probatória, esta era realizada por meio da análise das circunstâncias do fato (*dolus ex re*)” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo e Linguagem. Rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: *Tirant lo Blanch*, 2020, p. 30-31.

[...] dolo, assim como culpa, não é um conceito ontológico, haurido da realidade e que, portanto, uma vez definitivamente descoberto, encerra-se a tarefa da dogmática. Ao contrário, são conceitos normativos; formulados, portanto, não encontrados; construídos e imaginados, não descortinados.[...]⁴

Pertinente destacar que o direito civil possui interessante doutrina sobre o dolo, ainda que o tema tenha sido desenvolvido com maior profundidade pelos autores penais, até por conta da finalidade buscada no emprego de cada ramo jurídico (o foco do direito civil é a reparação do dano, já do direito penal é a punição do autor dos fatos – assunto mais bem desenvolvido adiante).

A Lei n. 14.230/2021 trouxe em seu artigo 1º, §2º, um conceito de dolo, a saber: “*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.*”⁵

No mais, estabeleceu no §3º que: “*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*”⁶.

Ainda sobre dolo, a Lei n. 14.230/2021 no mesmo art. 1º, no §8º, assevera que:

Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.⁷

Por fim, no artigo 11, §1º e §2º, da mesma lei prescreve que:

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.⁸

Assim, pelo menos à primeira vista, a discussão sobre a imprescindibilidade do dolo se mostra superada, pois o legislador conceituou, trouxe o conteúdo e estabeleceu que o dolo é necessário para configurar a conduta ímproba.

Sobre a atuação legislativa, interessante pontuar assertiva de P. J. A. FEUERBACH citado por GRECO, que asseverou que “*onde o legislador fala, a filosofia cala*”⁹, ou seja, com

⁴ NEISSER, Fernando Gaspar. Dolo e culpa na corrupção política. Improbidade e imputação subjetiva. Belo Horizonte: Fórum, 2019, P. 126.

⁵ BRASIL. Lei n. 14.230/2021.

⁶ BRASIL. Lei n. 14.230/2021.

⁷ BRASIL. Lei n. 14.230/2021.

⁸ BRASIL. Lei n. 14.230/2021.

⁹ GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: DIAS, Augusto Silva, et al. *Liber Amicorum* de José de Solva e Brito: em comemoração aos 70 Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885. Obtido através do sítio <http://docplayer.com.br/56842898-Dolo-sem-vontade-luis-greco-i-consideracoes-introductorias.html>

a atuação do legislador encerraria todo e qualquer debate filosófico sobre a questão definida em lei.

Todavia, GRECO, discordando desta assertiva, escreve que:

Felizmente, o presente estudo é dedicado ao Prof. *José de Sousa e Brito*, um estudioso cuja curiosidade nunca se deixou tolher pelas últimas três palavras do legislador. Isso nos permite supor sua concordância com a premissa de que partiremos, a saber, de que a dogmática do direito penal é ciência jurídica, e não mero saber legal — *Rechtswissenschaft* e não apenas *Gesetzeskunde*. De uma tal perspectiva, a decisão do legislador não significa o fim, e sim o início da filosofia...¹⁰

Parece correto o pontuado por GRECO, a discussão não se encerra com a atuação do legislador, muitas vezes essa atuação serve de combustível para a discussão, pois delimita críticas e elogios, avanços e retrocessos.

Com relação ao dolo na improbidade administrativa há muito espaço para discussão, mesmo porque a legislação é muito recente e alguns pontos se contrapõem com posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, como se verificará adiante.

De outro prisma, quanto à posição jurisprudencial, necessário rememorar que muito se discutiu sobre a necessidade da presença do elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa, bem como seus parâmetros. Com relação à presença do elemento subjetivo para configurar ato de improbidade administrativa, frisa-se que somente em 2006, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – firmou posição majoritária pela necessidade da aferição do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a condenação por atos ímprobos.¹¹

¹⁰ GRECO. *Idem*, p. 885

¹¹ Existem julgados no STJ em que adotou a responsabilidade objetiva do agente como no REsp 287728/SP. 2T. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 29/11/2004 que decidiu o seguinte: “[...] Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação. Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa.”. Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento pela necessidade da presença do elemento subjetivo para a configuração da improbidade administrativa. Dentre tantos cito o seguinte julgado: “[...] Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente (sic) de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11. [...]” (Brasil. STJ. REsp751634/MG. 1T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ 02/08/2007). Atualmente, existe quem defenda a impossibilidade da condenação pela prática de improbidade administrativa na modalidade culposa. “[...] Reafirmação do entendimento do Relator de que toda e qualquer conduta, no afã de ser encapsulada como ímproba, exige, como elementar, o apontamento de prática dolosa, maleficiente e especificamente dirigida ao enriquecimento ilícito, ao dano aos cofres públicos e à lesão da principiologia administrativa, não havendo falar-se em improbidade culposa. 4. Inegavelmente, conduta dolosa, proveito pessoal ilícito, lesão aos cofres públicos e ofensa aos princípios nucleares administrativos são as elementares da improbidade administrativa. A manifestação judicial que afaste quaisquer desses elementos resulta em ausência do tipo (AgInt no REsp. 922.526/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 3.4.2019). 5. Na presente demanda, foi urgentemente necessária a reforma, pela decisão ora agravada, do acórdão Fluminense prolatado em Embargos Infringentes, para restabelecer-se o acórdão

A partir de então, a jurisprudência do STJ passou a associar a ocorrência de improbidade administrativa “à noção de desonestidade, de má-fé do agente público”¹², adotando a diretriz de que a improbidade é uma “ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo”,¹³ indispensável, portanto, a conduta ser realizada de forma dolosa ou, pelo menos, culposa no artigo 10 da LIA (não mais com a publicação da Lei n. 14,230/2021), assegurando que “não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa”.¹⁴

CAMPBELL MARQUES, em seu voto vista no REsp. n. 765.212/AC, deixa claro que, “[...] um princípio norteador do Direito Penal que, em minha opinião, deve ter plena aplicação no campo do Direito Administrativo sancionador é o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da atuação com dolo ou culpa”.¹⁵

Desta feita, percebe-se que a questão da imprescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração da improbidade administrativa, está pacificada na doutrina, na jurisprudência e na legislação.

De outro prisma, com relação ao conteúdo do elemento subjetivo doloso nas demandas de improbidade administrativa, constata-se a utilização pela jurisprudência de termos pouco técnicos como “má-fé”, “desonestidade” e “dolo”, propriamente dito.

Uma afirmação muito utilizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e que de certa forma foi endossada pela Lei n. 14.230/2021, é de que a lei objetiva alcançar

absolutório de Apelação. [...]”. (STJ. AgInt no AREsp. 2255321/RJ. 1T. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia. DJ 25/06/2019) (destaquei)

¹² BRASIL. STJ. REsp n. 604.151/RS. 1T. REL. MIN. Teori Albino Zavascki. DJ 25/04/2006.

¹³ BRASIL. STJ. AIA n. 30/AM. REL. MIN. Teori Albino Zavascki. DJ28/09/2011.

¹⁴ BRASIL. STJ. REsp n. 875.163/RS. REL. MIN. Denise Arruda. DJ. No mesmo sentido, OSÓRIO corrobora a necessidade da presença do elemento subjetivo: “Não se pode dissociar o ato ímprobo do processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente. A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isso se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva. Sem tais peculiaridades, a conduta não pode se enquadrar na enfermidade que se pretende diagnosticar.

De fato, só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente do setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art. 37, § 4.º, da CF), como regra.” (OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa [livro eletrônico]: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.)

¹⁵ BRASIL. STJ. REsp n. 765.212/AC. REL. MIN. Herman Benjamin. DJe 23/06/2010.

o administrador desonesto, não o administrador inábil¹⁶. Logo, segundo esta Corte, a intenção desonesta por parte do agente deve estar inequívoca para eventual condenação por improbidade administrativa.

A Lei n. 14.230/2021 deixa claro esse direcionamento – perseguir o administrador desonesto e não o inábil –, tanto que retirou a modalidade culposa de improbidade, bem como a decorrente do erro grosseiro.

Pertinente neste momento destacar que o STJ adota em seus julgados o dolo nas formas direta e indireta – vontade de praticar determinada conduta que produz resultado previsto no tipo e/ou concordância de que tais resultados previstos no tipo sejam atingidos¹⁷ –, bem como emprega o conceito de dolo genérico quando ressalta que não seria caso de analisar a existência de uma finalidade específica no agir do processado.

Ocorre, todavia, que com a Lei n. 14.230/2021, essa posição – adoção do dolo genérico - está superada, já que a lei traz, a princípio, a exigência de um dolo específico, sobretudo com o disposto nos §1º e §2º do art. 11, supratranscritos.

Quanto à imprecisão da jurisprudência pátria, NEISSER já criticava, asseverando que:

Concluindo o raciocínio deste primeiro capítulo, o atual paradigma do conceito de dolo da improbidade administrativa peca em dois momentos e por razões opostas. Permanecendo a exigência de um intuito maléfico na atuação do agente, eleva-se o grau de decisionismo e incerteza dos provimentos jurisdicionais, uma vez que se busca nos primórdios da Teoria do Delito algo assemelhado ao *dolus malus*, um dolo intencional superado há tempos pela doutrina. É bem verdade, como se verá em ponto posterior da obra, que o conceito terá encaixe em momento próprio da configuração do elemento subjetivo da improbidade, mas não no que diz respeito ao dolo.

De outro lado, excluindo-se o elemento volitivo e dando prevalência a um elemento cognitivo - esfumado por uma presunção que decorreria da posição de agente público -, o conceito chega próximo do ponto de onde se queria afastar, da responsabilidade objetiva. Cria-se, na prática, uma posição absoluta de garante, sem previsão legal, que seria inerente a todo agente público, algo que o compromisso com uma visão garantista no âmbito do direito sancionador repele com veemência.¹⁸

¹⁶ Em julgado da lavra do Min. Herman Benjamin ficou decidido que: “5. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial do STJ, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo “indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe de 28/9/2011). 6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.” (STJ. REsp n. 1.849.513/RO. REL. MIN. Herman Benjamin. DJe 18/12/2020).

¹⁷ Conceito de dolo muito empregado no STJ é o seguinte: “O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiendo perquirir acerca de finalidades específicas” (STJ, AgRg no REsp n. 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/8/2016)

¹⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Op. Cit.*, p 87.

Percebe-se, assim, que mesmo com a novel Lei n. 14.230/2021, existe campo para trabalhar o conteúdo do dolo na improbidade administrativa e o presente estudo visa aprofundar a temática.

1.2 – DECIFRANDO O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

A Lei de Improbidade Administrativa dialoga com os diversos ramos do direito pátrio – condição comum às matérias de natureza coletiva –, tal característica acarreta discussões em seus campos material e processual.¹⁹

A LIA navega entre normas e princípios de direito processual penal e de direito processual civil, além de aplicar, nos termos do art. 1º, §4º, da Lei n. 14.230/2021, os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.²⁰

Para o melhor desenvolvimento do estudo do dolo na improbidade administrativa, observando o disciplinado na Lei n. 14.230/2021, mostra-se importante analisar o dolo nos direitos civil e penal.

No mais, conforme exposto anteriormente a jurisprudência emprega termos tidos como pouco técnicos e bastante abertos quando trata do dolo em sede de improbidade administrativa (má-fé, desonestidade, entre outros). Assim, pertinente confrontar se o conceito legal supre essa

¹⁹ Fábio André Guaragni, explica que: “Como associar isso com a Lei de Improbidade Administrativa? Ela é a maior evidência de um direito líquido. A modernidade líquida produz um direito líquido, aquele direito cujas fronteiras não são tão sólidas, onde não é possível catalogar Direito Público, Direito Privado. Na academia, a velha divisão entre Direito Público e Privado definhou. Deu-se a emergência de ramos jurídicos que tocam os dois grandes antigos blocos sólidos da primeira modernidade. A divisão sumiu, como no caso do direito do consumidor, ramo do direito líquido, pois não se enxerga a fronteira entre o público e o privado. Outro fenômeno é a confluência de ramos jurídicos tradicionalmente separados, de modo estanque. Tanto quanto a recente Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa é muito evidente disso: nela, tem-se um pouco de Direito Civil, a ideia de reparação do dano; um tanto de penal, porque há por certo punições, mediante verdadeiras medidas restritivas de direito (similares, em parte, às penas restritivas de direitos dos arts. 43 e ss. do CP); grandes pitadas de Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar, na ideia de perda do cargo, na ideia de um controle da atividade administrativa para a auto preservação da estrutura de Estado, em que a atividade administrativa torna-se fim em si. Há mais: nacos de consequências políticas, com sobreposição, por exemplo, com os crimes de responsabilidade. Enfim, é um campo de “direito líquido”, permitido o neologismo. Os operadores têm dificuldade de responder à interpretação desse direito líquido, acostumados com blocos de direito muito fechados, ramos separados (o penal, o civil, o tributário), categorias estanques (o privado, a relação do Estado com o indivíduo, relação do indivíduo com o indivíduo). Tudo isto se desfigurou, com bom emblema na Lei de Improbidade Administrativa.” (GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal, na obra coletiva Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir de julgados dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. 2 Tiragem, 2018 p. 12-13).

²⁰ Posição defendida por Fábio Medida Ozório em sua obra Teoria da Improbidade Administrativa. Posição adotada na Lei n. 14.230/2021: 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

imprecisão, até porque a boa utilização da linguagem facilita a compreensão de termos e de institutos, deixa clara a mensagem veiculada, seja pelo legislador, seja pelo julgador.

Nessa linha, CABRAL esclarece que:

Daí porque é fundamental identificar a gramática da imputação subjetiva na improbidade, é dizer, identificar os usos linguísticos que dão sentido e fundamento às ideias de culpa e dolo na improbidade. Isso porque, são justamente as regras gramaticais que estabelecem os “padrões para o uso correto de uma expressão, que ‘determinam’, seu significado; dar o significado de uma palavra é especificar sua gramática”.

O “conceito” de dolo e culpa depende, pois, de qual gramática é a mais adequada a sustentar o significado de tais expressões, pois, afinal, como afirma Glock, com base na teoria de Wittgenstein:

O sentido de uma proposição é determinado por seu lugar no sistema gramatical, no sentido de que este determina suas relações lógicas com outras proposições (PG 152-3). A gramática de uma língua é o sistema global de regras gramaticais, das regras constitutivas que a definem, pela determinação daquilo que faz sentido dizer ao usá-la (PR 51; LWL 46-59; PG 60, 133, 143; PI §496).

No direito brasileiro existem dois grandes sistemas gramaticais que podem, pois, dar suporte significativo ao conceito de dolo e culpa para improbidade administrativa, considerando que, como foi visto, a Lei de Improbidade Administrativa não funda uma nova gramática, pelo menos, nesse tema.

Nesse sentido, existem as concepções de dolo e culpa do Direito Civil e do Direito Penal.

A questão é, pois, verificar qual desses dois sistemas de referência é mais adequado para fundamentar a imputação subjetiva dos atos de improbidade administrativa.²¹

Desta feita, para compreender o conteúdo do dolo na improbidade administrativa é necessário percorrer as semelhanças e diferenças entre os dolos nos âmbitos do direito civil e penal, tarefa que será desempenhada adiante.

a) NATUREZA JURÍDICA DO DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

A Lei de Improbidade Administrativa emprega ditames procedimentais previstos na esfera civil e na esfera penal.²²

Constatando essa versatilidade, surge a discussão sobre o dolo na improbidade administrativa, discussão essa que supera a conceituação legal trazida pela Lei n. 14.230/2021, daí a importância dos tópicos antecedentes.

Antes de adentrar no conteúdo do dolo da improbidade administrativa e com o objetivo de construir uma linha intelectual que facilite o desenvolvimento da proposta deste estudo, oportuno, agora, analisar a natureza jurídica do dolo em sede de improbidade administrativa. Em sendo assim, NEISSER pontua que para decifrar o real conteúdo do dolo da improbidade

²¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. Revista Justiça e Sistema Criminal, v 9, 2017. p. 251-252.

²² A Lei n. 14.230/2021 deixa claro a utilização de alguns procedimentos previstos no Código de Processo Civil, como pedido de tutela provisória de urgência referente a indisponibilidade de bens (art. 16, §8º da LIA); utilização do recurso de agravo de instrumento (art. 16, §9º, art. 17, §9º-A, §17, §21 da LIA); entre outros dispositivos, porém, a mesma lei prevê sistemáticas de atuação naturais do Código de Processo Penal, como a proibição de presunção de veracidade em caso de revelia (art. 17, §19, I); além de evidenciar o caráter repressivo e sancionatório, aplicando sanções de caráter pessoal e que não constitui ação civil (art. 17-D, da LIA).

administrativa seria possível percorrer três distintos caminhos, a saber: “*transpor às improbidades administrativas o modelo de imputação subjetiva próprio do Direito Penal; fazer o mesmo com aquele que informa o Direito Civil; ou buscar a construção de um terceiro caminho, intermediário entre ambos.*”²³

A Lei n. 14.230/2021 trouxe importantes apontamentos e definição sobre o dolo, com destaque no disposto no art. 1º, §§2º, 3º e 8º, já expostos alhures. No mais, mesmo com essas previsões legais, o debate quanto à natureza do dolo permanece aberto.

Defende NEISSER que por opção legislativa, as ações de improbidade e criminais podem ser proposta concomitantemente em face do mesmo ato, inexistindo falar em *bis in idem*.²⁴

Assim, chega à conclusão de que por serem ações autônomas e independentes (improbidade administrativa e ação penal) não se mostraria técnico importar *ipsis litteris (in totum)* a imputação subjetiva do direito penal para o desenvolvimento da improbidade administrativa.²⁵

Essa assertiva é, de certa forma, repetida por CAMPBELL MARQUES quando do julgamento do REsp n. 951389/SC datado de 2010, que em seu voto vista ressaltou que o microsistema formado pelas Leis n. 4.717/65, 7.347/85, 8.429/92 e a Constituição Federal possui inegável proximidade com normas do Direito Penal, o que seria usualmente conhecido como direito administrativo sancionador. Ressaltou, também, a possibilidade de trazer à improbidade administrativa a lógica adotada pelo Direito Penal, porém, importada com *granus salis* já que nem todas as regras e princípios deste ramo jurídico (criminal) podem ser aplicados em sede de improbidade.²⁶

²³ NEISSER. *Op. Cit.*, p. 163.

²⁴ O art. 21, §4º da LIA relativizou a independência de instâncias, pois descreve que: “A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.”

²⁵ Interessante asseverar que as esferas criminal e improbidade administrativa possuem vários pontos em comum, nesse sentido: “Percebem-se, em conclusão, pelo menos quatro superposições entre o Direito Penal e a Lei de Improbidade Administrativa: 1 – ambos fazem parte de uma estrutura maior, o Poder Punitivo Estatal, sendo neste sentido espécies do mesmo gênero, enquanto manifestações do Poder Punitivo Estatal; 2- são aplicados pelo Poder Judiciário; 3- o Direito Penal, pelo menos em parte, contempla os mesmos bens protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, quando se fala no erário, na probidade, na boa imagem da administração; 4- são compostos de sanções que se acumulam ou repetem integral ou parcialmente.” (GUARAGNI Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. in Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir de julgados dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. 2 Tiragem, 2018, p. 18-19)

²⁶ MARQUES, M. C. Voto-vista: STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 23-24

De outro prisma, aplicar integralmente a dogmática da responsabilidade civil também não parece coerente, principalmente em razão das finalidades da ação de improbidade administrativa, já que o objetivo precípua do direito civil é o ressarcimento do dano causado, enquanto que a improbidade possui nítido caráter sancionador, conforme já decidiu o STJ²⁷, e asseverou a LIA com a alteração perpetrada pela Lei n. 14.230/2021.²⁸

Logo, adotar a ciência desenvolvida na esfera civil, com todos os seus consectários, e aplicar no âmbito de improbidade administrativa não se coaduna com a melhor técnica jurídica, inclusive encontrando resistência jurisprudencial e legal, conforme exposto nas notas acima.

Desta feita, tomando por base as opções postas acima, NEISSER sustenta que as duas primeiras são inviáveis por conta da incompatibilidade de características das esferas de processamento, bem como pelas escolhas do legislador. Logo, para o autor, a alternativa viável seria a construção de um terceiro caminho, sendo ele intermediário entre o direito civil e o direito penal, mesclando regras e garantias dos dois ramos jurídicos.²⁹

Ocorre que para construção desse caminho intermediário será necessário pontuar quais partes do direito penal e quais do direito civil podem/devem ser adotado nesta terceira via, diante de aproximações conceituais e consequenciais.

NEISSER explica que:

²⁷ “Esta circunstância é de extrema relevância em demandas como a *sub examine*, em que se discute a prática de ato de improbidade administrativa. Isso porque, embora tenha um caráter eminentemente cível, é negável o caráter sancionatório da demanda, tendo em vista as sanções aplicáveis — que implicam, inclusive, na suspensão transitória de direitos políticos —, e, ainda, a eventual irradiação dos seus efeitos para outras esferas, tais como, na administrativa e no penal.” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.330.058-PR. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *Dje* 28/6/2013.)

²⁸ BRASIL, Lei n. 8.429/92: “Art. 17-D: A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.”

²⁹ Cabe destacar que a divisão entre direito público e direito privado está perdendo força em razão do fenômeno conhecido por “constitucionalização do direito civil”, que determina a observância dos ditames constitucionais na interpretação de preceitos civis, concretizando a busca pela dignidade da pessoa humana e nos valores sociais dos institutos jurídicos “[...] A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas como limite da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato. Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.[...]” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n. 141. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 15/03/2021.)

Um dos mais relevantes estudos sobre o tema foi realizado por Kenneth Mann, que diagnosticou o problema e sugeriu, com base na jurisprudência que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem construído desde o final do século XIX, que se faz necessária a formatação de novos modelos intermediários. Se o Direito Penal se distingue por seu [...] propósito punitivo, suas altas barreiras procedimentais, sua preocupação com a culpabilidade do acusado e suas penas particularmente severas [...], enquanto o Direito Civil busca essencialmente a compensação, [...] focando no dano ao invés da culpabilidade e provendo sanções menos severas com salvaguardas procedimentais mais tênues [...], a nova figura, que denominou *middleground*, busca elementos dos [...] dois paradigmas básicos, para formar uma jurisprudência híbrida na qual a finalidade da sanção é a punição, mas em que seu procedimento é esboçado primordialmente a partir do Direito Civil [...].³⁰

Percebe-se, então, que a ação de improbidade administrativa possui caráter sancionador, porém não pertencente da esfera criminal, conforme preceitua o texto constitucional brasileiro³¹.

De certa forma, em razão da previsão constitucional de coexistência de processamentos criminal e de improbidade, conclui-se que o direito penal não é suficiente para proteger os bens jurídicos decorrentes de uma proba administração, sendo necessário criar a LIA para completar essa proteção e garantir o direito fundamental a uma boa administração pública.

No mais, constata-se que no sistema *common law* o judiciário possui maior flexibilidade para o enfrentamento de problemas jurídicos como o caso da ação de improbidade administrativa (pois priorizam precedentes criados a partir de casos jurídicos). Por exemplo, no caso *United States v. Chouteau*, julgado pela Suprema Corte, foi decidido que sempre que uma sanção superar o caráter ressarcitório o procedimento deve adotar algumas das regras processuais previstas para casos punitivos.³²

Ademais, ficou assentado na corte Norte Americana que independentemente do etiquetamento que se atribui para a ação, sempre que a sanção possuir caráter sancionatório, as garantias mais rígidas devem ser aplicada em favor do réu.³³

No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos ao ser provocada, no caso *Öztürk v. Alemanha*, decidiu que a etiqueta dada por países aos diferentes tipos de delitos não

³⁰ NEISSER. *Op. Cit.*, p. 167.

³¹ “Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” (BRASIL. Constituição Federal).

³² NEISSER. *Op. Cit.*, p. 170.

³³ “[...] While civil in form, all its other characteristics were those of a criminal case; its prosecutor was the government; its purpose was punishment; the defendant’s conviction of a felony was essential to the plaintiff’s recovery; the defendant’s character and property were in jeopardy, because the government sought to punish him in this suit; and the verdict and judgment here would be a bar to any criminal prosecution for the same offense. The case became a criminal case under the cloak of a civil suit [...]”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals of the 8th Circuit. United States v. Shapleigh*, 54 F. 126, 1893. p. 134. (NEISSER. *Op. Cit.*, p. 169).

vinculam aquela corte. A classificação indicada possui valor relativo, sendo mais importante a análise da natureza do delito e da pena atribuída.³⁴

Dessa forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos relativizou a classificação sistemática de delitos atribuídos por leis Estatais, determinando que fatores como a natureza do delito e a resposta aplicada preponderam na análise dos procedimentos e garantias adotadas no julgamento do caso.

Ponto interessante e que merece destaque é que não se fala mais em um sistema *civil law* puro, pois os dois sistemas (*common e civil law*) dialogam e dividem instrumentos de atuação (*americanização do Direito*). Bons exemplos dessa simbiose no direito pátrio são a previsão das súmulas vinculantes (art. 103-A, da CR³⁵) e os efeitos vinculantes decorrentes de julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, §2º, CR).³⁶

Sob essa perspectiva, a criação de um modelo intermediário para analisar a imputação subjetiva na improbidade administrativa deve ancorar, a cada ponto em discussão, para saber qual direito deve se sobressair – civil ou penal.

Abordando os critérios que devem ser utilizados para apurar o ramo jurídico (civil ou penal) que deve se sobressair, NEISSER aduz que:

Em primeiro lugar, por necessário respeito à lei positiva, ponto de partida da análise, há que se levar em conta a vontade do legislador e, portanto, a forma que à norma optou-se dar. Em seguida, há que se lançar olhos ao injusto, avaliando sua natureza, e, posteriormente, à pena, não apenas em relação à sua modalidade, mas especialmente no que toca às finalidades buscadas com sua aplicação e ao estigma que ocasiona em quem a sofre. Por fim, a conclusão a ser alcançada implica averiguar se o procedimento representa manifestação do *ius puniendi* do Estado ou se constitui mero controle das relações intersubjetivas.³⁷

Pelo primeiro ponto de ancoragem, a vontade do legislador, percebe-se que o constituinte originário e o legislador optaram por atribuir natureza repressiva, de caráter sancionatório à ação de improbidade administrativa.

³⁴ NEISSER. *Op. Cit.*, p 176.

³⁵ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

³⁶ “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

³⁷ NEISSER. *Idem.* p. 189-190.

Inegável que a construção formal dos tipos de improbidade administrativa se aproxima mais da empregada na esfera penal em comparação à cível; portanto, quanto à parte formal estrutural dos tipos de improbidade, a esfera penal prepondera.

Sob a perspectiva da pena e da finalidade buscada com a sanção, tem-se que o direito civil possui sanção de caráter ressarcitório e o direito penal busca retribuir e prevenir futuras condutas, assim como na improbidade administrativa.

Por fim, sob a ótica da estigmatização do processado e condenado por improbidade, o conceito social acaba por considerar o ímprobo no mesmo nível de um criminoso, portanto grande repercussão estigmatizante.

Desta feita, percebe-se, segundo os pontos de comparação acima citados que a improbidade administrativa possui mais convergências com do direito penal em comparação com o direito civil.

Em sendo assim, diante do panorama descrito acima e da alteração legislativa realizada pela Lei n. 14.230/2021, para a análise do dolo na improbidade administrativa, necessário fixar algumas premissas, a saber: i) a comprovação do elemento subjetivo na ação de improbidade é uma obrigação, inexistindo responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa; ii) o dolo exigido é composto pela vontade livre e pela consciência de alcançar o resultado ilícito.

Conforme demonstrado, a improbidade se aproxima mais da esfera de direito penal em comparada ao direito civil. Assim, necessário compreender o dolo da improbidade com um rigor conceitual nos moldes do direito penal, tomando o devido cuidado para realizar as ponderações necessárias, levando em conta as especificidades do ramo improbidade administrativa e principalmente o conteúdo legislativo acrescido com a Lei n. 14.230/2021.³⁸

No mais, conforme exposto, necessário conhecer a forma com que o dolo é tratado no direito civil e penal para, assim, melhor desenvolver o dolo na improbidade administrativa. Este

³⁸ A primeira garantia que há de ser haurida do Direito Penal, a informar o conceito de dolo na improbidade administrativa, dialoga com a amplitude do conceito de presunção de inocência. Enquanto é geralmente indiscutível que compete à parte que acusa a prova dos aspectos objetivos atribuídos ao acusado – a ocorrência da conduta, com todas as suas circunstâncias fáticas –, por vezes esquece-se que também cabe ao ente que ocupa a posição de autor a demonstração e prova dos elementos subjetivos exigidos para configuração do delito. Não se pode admitir, nesta linha de raciocínio, qualquer construção que abra a possibilidade de uma presunção – ainda que relativa – de que o agente obrou com dolo ou culpa. A carga da prova não se inverte em nenhuma hipótese, ao contrário do que se admite, em diversas situações, no Direito Civil. Sendo o dolo ou a culpa elementos do tipo da improbidade – a depender da modalidade – sua prova sempre recairá sobre quem maneja a ação. A afirmação cabe não apenas no dolo, mas também na culpa; não só para as condutas comissivas, mas também para as omissivas. Como se pretende tratar mais adiante, a existência de um dever de cuidado e as circunstâncias que teriam levado à sua violação não podem advir de uma presunção fundada em generalidades ou afirmações despidas de vinculação com a prova trazida.” NEISSER. 2019, Idem, p. 237-238.

possui maior proximidade com o dolo do direito penal, mas não são iguais *ipsi litteris*, possuem distinções, em sendo assim pertinente prosseguir os estudos do dolo analisando seu emprego nos principais ramos jurídicos (civil e penal)

b) DOLO NA ESFERA CIVIL:

No Código Civil brasileiro, o dolo é tratado principalmente: i) como um defeito do negócio jurídico – previsto nos artigos 145 a 150³⁹ – e ii) como um elemento da responsabilidade civil – artigos 927 a 954.

O dolo estudado no direito civil pode ser definido, segundo a doutrina clássica⁴⁰, como sendo a intenção de prejudicar, a intenção de inadimplir obrigações, o intuito de obter vantagem para si ou para outrem, ou o elemento subjetivo do ato ilícito.

Calha esclarecer que se discute, em questões obrigacionais, mais precisamente para a realização do negócio jurídico, se a vontade interna deve prevalecer sobre a declaração realizada. Nesse ponto surgiram interessantes teorias, a saber:

Pela teoria da vontade, também conhecida como subjetivista, a vontade interna seria o elemento prevalente e essencial de um negócio jurídico. Assim, em caso de conflito entre a vontade interna e a declaração, a primeira deve ser levada em consideração em detrimento a segunda.

Antagônica, a teoria da declaração, também chamada de objetivista, sustenta que a declaração deve prevalecer sobre a vontade interna, justificando que o conhecimento por terceiros somente ocorre com a declaração.

BENETTI traz à baila outras teorias, como a da responsabilidade e da confiança, explicando que:

[...] Pela primeira, a vontade real prevalece, em princípio, sobre a declaração em caso de divergência entre elas. Todavia, se o desacordo decorrer de culpa ou dolo do próprio declarante, prevalecerá a declaração, sujeitando-o aos efeitos do negócio jurídico.

Pela segunda, a divergência entre vontade e declaração deveria ser analisada tanto na perspectiva de quem a emite quanto na de quem a recebe. Assim, é preciso saber se o destinatário da declaração tinha expectativa de vinculação e a manteve ou se, ao contrário, concorreu para a verificação do vício. Pela teoria da confiança, se o destinatário da declaração confiou indevidamente, admite-se a análise da vontade do declarante.⁴¹

³⁹ No Código Civil brasileiro a seção II, do capítulo IV, nos artigos 145 a 150, trata do dolo como um dos defeitos do negócio jurídico, sendo considerado um vício da vontade ou vício do consentimento, existindo discussão sobre a natureza jurídica desse dolo. Para maiores aprofundamentos BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil. Uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin. 2019.

⁴⁰ BENETTI. *Idem*, p. 30.

⁴¹ BENETTI, *Idem*, p.32.

A doutrina esclarece que o Código Civil adotou a teoria da confiança, com relação aos defeitos do negócio jurídico. Assim, a declaração da vontade deve ser analisada tanto pelo prisma do declarante quanto pelo do destinatário, primando pelo respeito à boa-fé.⁴²

Tais apontamentos servem para facilitar a compreensão sobre a natureza jurídica do dolo, já que existe quem defenda ser um vício de consentimento; outros afirmam ser um defeito do negócio jurídico; e outros aduzem ser um problema de igualdade no negócio jurídico.

Nesse ponto, pondera-se que a doutrina majoritária brasileira segue a corrente que sustenta ser o dolo um vício de consentimento, porém, a adota de forma temperada, pois só seria vício de consentimento se o dolo gerasse uma concordância que inexistiria caso não o houvesse (o engodo).⁴³

Ademais, CABRAL explica que:

Para o Direito Civil, o dolo como fundamento do vício do ato administrativo tem o seguinte sentido, nas palavras de Pontes de Miranda: “*Dolus Malus* – Dolo, causa de não validade dos atos jurídicos, é o ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou seja confirma outrem em representação errônea”.

Assim, pode-se verificar que o nosso Código Civil não traz propriamente o dolo como forma de imputação, mas sim como uma forma de vício de um negócio jurídico, um verdadeiro *dolus malus*, como apontado por Pontes de Miranda.⁴⁴

Quanto aos elementos desse dolo, os civilistas divergem com relação ao elemento subjetivo. A celeuma gira em torno da necessidade ou não da intenção de produzir o erro.

Em interessante análise, BENETTI explica que:

⁴² BENETTI, de forma precisa, explica que: “[...] O que se passa é a atribuição de um valor autônomo à declaração da vontade, desligado da vontade como ato psicológico e conectado ao que o destinatário poderia retirar da declaração, segundo os critérios da boa-fé, da finalidade do negócio, dos usos do setor ou das práticas adotadas pelas partes e das circunstâncias do caso. [...] A vontade, no processo de formação que culmina com a manifestação ou a declaração, pode sofrer a influência de elementos causadores de desvio entre o que se buscava e o que ao final se declarou. É o que ocorre no dolo: a manobra ou omissão induz a vítima a uma representação falsa da realidade. No caso de o dolo ser praticado diretamente por um dos contratantes, fica evidente a má-fé de seu autor, não havendo confiança do destinatário da declaração para ser tutelada. Privilegia-se, então, a tutela do declarante, o qual poderá exercer o direito potestativo de anulação do negócio e/ou a pretensão de perdas e danos. Todavia, se o engano for provocado por terceiro e não pelo beneficiário, o negócio jurídico só será passível de anulação quando o beneficiário tiver (ou quando devesse ter) conhecimento do dolo. Ou seja, se o beneficiário não estiver de má-fé, é possível preservar o negócio jurídico, solucionando-se o problema pela via da perdas e danos. Portanto, o exame da vontade do declarante não é tomado de modo isolado nem absoluto. Há de ser feito quando estiver em causa defeito no negócio jurídico (como o dolo) e deve ser permeado pelo contexto da confiança suscitada pela declaração.” (BENETTI. *Idem*, p. 33-34)

⁴³ “Há quem admita ser o dolo vício de consentimento apenas quando este for a ‘causa’, ou seja, quando determinar a declaração de vontade. Nessa linha, seguem, exemplificativamente, Eduardo Espínola; Silvio Rodrigues; José Carlos Moreira Alves; Humberto Theodoro Júnior; Gustavo Tepedino, Heloisa Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes. Seria vício de consentimento quando o dolo gerasse uma ‘anuência que jazia inerte e que de modo nenhum se manifestaria sem o embuste’, nas palavras de Silvio Rodrigues. E continua: quando o consentimento seria expressado de qualquer maneira e o dolo apenas fez com que o negócio surgisse mais oneroso para a vítima do engano, não se teria o ‘vício do querer’, mas ato ilícito.” (BENETTI. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações, p. 35-36).

⁴⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, p. 251.

[...] Teixeira de Freitas distingue o discernimento da intenção. O discernimento consiste na ‘faculdade que fornece motivos à vontade em todas as suas deliberações, e não o conhecimento em particular de qualquer agente em relação a um ato por ele praticado, cuja moralidade seja necessário apreciar’. A intenção seria o ‘discernimento aplicado a um ato, que se tem deliberado praticar [...]’.

No dolo, não se trata de simples consciência ou discernimento, mas de intenção. Está em causa a intenção de obter determinado resultado, qual seja a celebração de um negócio jurídico mediante errônea apreensão da realidade por uma das partes. O contrato será concluído e apenas apresentará determinados termos em virtude do dolo. Como diz Pontes de Miranda, o ‘dolo levou a querer-se outra coisa, ou a só se querer devido ao dolo’.

[...], não basta a simples consciência de estar agindo em determinado sentido, é necessário o direcionamento intencional para a obtenção do resultado, qual seja, a celebração de um negócio jurídico mediante a errônea representação da realidade pela outra parte. A consciência de se aproveitar do erro espontâneo em que a contraparte já incidira poderia até ser enquadrada como elemento subjetivo do ato ilícito, mas não como dolo para fins de se invocar o disposto nos artigos 145 e ss. do Código Civil.⁴⁵

Ademais, ainda quanto ao conteúdo do dolo, conforme esclarece PEREIRA, para a doutrina clássica, a definição de dolo exige a presença do conhecimento e da vontade – *animus injuriando* –, todavia, segundo o autor, modernas correntes sustentam que a análise da vontade se mostra indiferente para configurar o dolo, sustentando que basta apurar a presença da consciência da infração para eventual responsabilização civil.⁴⁶

⁴⁵ BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil. Uma análise da omissão de informações, p. 43-44.

⁴⁶ “Dolo é a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir. A vontade do agente pode dirigir-se para o resultado maléfico, e, sabendo do mal que sua conduta irá gerar, quer este resultado, apesar de suas consequências conhecidas. Esta é uma noção clássica de dolo que Carvalho de Mendonça resume no *animus injuriandi*. Não é modernamente necessária, na sua configuração, aquela preordenada vontade de violar a obrigação (Ruggiero). Basta, a caracterizá-lo, que o agente tenha a consciência da infração, e esteja ciente do dano que se lhe siga. O elemento fundamental de sua verificação, para a concepção tradicional, estava no *animus nocendi*, intenção de causar o mal, de difícil e às vezes impossível objetivação na prática, porque se é fácil provar a transgressão, e se o efeito danoso logo se consigna, a intenção é de evidência difícil, em razão da sua extrema subjetividade e seu menor grau de exteriorização. Adotando-se a outra concepção, já se torna mais viável demonstrá-lo, pois que não há mister indagar se o agente quis o efeito maléfico, senão que tinha a percepção da violação ou a consciência dela.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Volume II. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 307-308).
Prossegue o Doutrinador: “O Direito brasileiro desvincilhou-se das sutilezas na gradação da responsabilidade, que outros sistemas ainda consagram, e afastou as diferenças de tratamento ao transgressor, decorrentes da verificação da causa do descumprimento. Os glosadores, trabalhando sobre os textos, haviam engendrado teorias complexas, em que a apuração do elemento subjetivo se mostrava fundamental na gradação da responsabilidade do agente. Até os nossos dias chegou a convicção de que merece mais rigoroso tratamento aquele que infringe a obrigação visando ao resultado do que o inadimplente que a transgredir por mera negligência. O Código Civil brasileiro, ao assentar o princípio da imputabilidade, e o Código de Processo Civil, ao fixar o direito de ação com tal fundamento, têm em vista o descumprimento objetivamente considerado, a transgressão do dever, para estabelecer que o agente responde pelas consequências sem indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator ou se a violação foi especialmente querida. Não quer isto dizer que o Direito pátrio desconheça a diferença. Quer significar que a imputabilidade resulta do dever violado. Em certas circunstâncias, distingue-se entre o inadimplemento doloso e o culposo, para definir a responsabilidade em casos especiais. Nos contratos onerosos, não é necessária a análise subjetiva da transgressão, visto como o contratante inadimplente responde por perdas e danos à simples demonstração de sua culpa. Nos contratos benéficos é que vem a menção do dolo, para se estabelecer que a responsabilidade do contratante inadimplente é uma função do elemento anímico: aquele a quem o contrato aproveita responde pela culpa, e só por dolo aquele a quem não favoreça (Código Civil de 2002, art. 392). Há, no entanto, casos em que a própria lei adota o grau de intensidade ou gravidade de culpa ora para redução da indenização (por manifesta desproporção com o dano), ora para seu arbitramento (no caso de concorrência de culpas), dentro do disposto nos arts. 944, parágrafo único, e 945, do Código Civil de 2002.” (PEREIRA. *Idem*. P. 308-309)

BENETTI arremata concluindo que

[...] a ocorrência do dolo prescinde da vontade de obter para si uma vantagem patrimonial ao induzir ao erro a contraparte. A intenção de causar danos e a ocorrência de prejuízos ao indivíduo enganado igualmente não e enquadram como elementos do dolo.⁴⁷

De outro prisma, com relação à responsabilização civil, pertinente expor que o Código Civil Brasileiro trata da responsabilidade civil no título IX, a partir do art. 927 até o art. 954. O art. 927⁴⁸ é claro ao dispor que quem causar dano a outrem pela prática de ato ilícito será obrigado a repará-lo. Tal artigo remete o estudioso aos artigos 186 e 187⁴⁹ que versam sobre a definição de atos ilícitos.

No mais, da leitura do texto legal conclui-se que a responsabilidade civil decorre do descumprimento obrigacional, da desobediência de uma regra contratual estabelecida ou por deixar de “obedecer preceitos normativos que regula a vida”⁵⁰; portanto dividida em responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Depreende-se, ainda, que a responsabilidade civil do Código Civil Brasileiro está sustentada por dois claros alicerces, a saber: ato ilícito (art. 186) e abuso de direito (art. 187).

Quando da análise do elemento subjetivo do ilícito civil, tem-se que o Código Civil prevê a responsabilidade civil com ou sem culpa. Frisa-se que a culpa empregada no diploma civilista é a culpa em sentido amplo (*lato sensu*), ou seja, abarca tanto a culpa propriamente dita (*stricto sensu*) quanto o dolo.⁵¹

⁴⁷ BENETTI. *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁸ BRASIL. CÓDIGO CIVIL: “[...]Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [...]”

⁴⁹ BRASIL. CÓDIGO CIVIL: “[...]Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. [...]”

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume único. 4. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 384.

⁵¹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO explicam que: “A evolução da responsabilidade civil culminou por eliminar a sua função punitiva, o que contribuiu para neutralizar qualquer distinção operativa entre culpa e dolo, na medida em que a transferência dos danos ao ofensor passa a se exprimir objetivamente pela extensão dos danos que causou ao ofendido, sem qualquer relevo para a intencionalidade ou não do seu agir. Isso fez com que a culpa fosse a regra do direito civil, guindado o dolo a hipóteses residuais, enquanto justamente o contrário se verifica no direito penal, reconduzido à prevalência dos crimes dolosos e, por exceção, culposos. De fato, só será possível a formulação de normas que veiculem penas quando o preceito sancionatório objetivo em primeiro plano desestimular um comportamento não apenas antijurídico, mas reprovável por parte daquele que poderia pautar o seu agir em conformidade a um modelo de comportamento sério e diligente. Isso significa que o dolo – ou, no mínimo, a grave negligência do autor do ilícito – é pressuposto subjetivo para a eclosão da sanção criminal. Essa

Pertinente ressaltar que não é errado asseverar que, nessa temática, o direito civil volta os olhos para a vítima e para o dano, buscando suas reparações e/ou ressarcimentos; já, o direito penal direciona suas lentes para a pessoa do ofensor. Essa diferença de foco repercute no trato do elemento “dolo”, principalmente quando da sua importância para eventual responsabilização civil e penal.

FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, nesta linha intelectual, explicam que:

Isto é, a preocupação do penalista é com o futuro, daí o intuito de punir quem praticou um comportamento antijurídico reprovável, prevenindo-se a reiteração de ilícitos, seja pelo próprio agente (prevenção especial), como por outros membros da sociedade (prevenção geral). Diversamente, o civilista foca no tempo passado. Ele indaga quais foram os danos sofridos pela vítima, haja vista ser a recomposição de seu equilíbrio patrimonial o desiderato primário da responsabilidade civil. As sanções criminais incidem principalmente sobre o bem da liberdade pessoal, enquanto as civis observam a transferência de um *quantum* do ofensor ao ofendido. A responsabilidade civil representa uma reação contra o dano injusto mediante a sua reparação; a responsabilidade penal mira punir uma conduta ilícita e a educar o ofensor, garantindo a tutela da coletividade e removendo a ofensa causada pelo crime.

[...]

O direito penal é centrado na conduta da pessoa do autor do ilícito, enquanto a responsabilidade civil tende a eliminar as consequências danosas de um fato, sem se preocupar com o comportamento do agente, em termos de reprovação. Por isso, na esfera civil o acertamento da culpa serve para ressarcir o dano, enquanto no juízo penal para determinar a condenação. Dessa diversidade de funções pode ocorrer que o mesmo fato não seja considerado um crime, mas que integre perfeitamente as extremas de um ilícito civil.⁵²

Ainda em relação ao elemento subjetivo, há quem defina culpa (*lato sensu*) sob uma perspectiva moral, onde se preocupam somente com o aspecto subjetivo, ou seja, verificam apenas se o agente poderia prever e evitar o dano, se “sim” há culpa, se “não” não haveria. Outros, por sua vez, se apegam a uma concepção mais objetiva ao comparar a conduta praticada do agente à noção de como agiria o homem médio.⁵³

distinção resulta da diferença de enfoque entre a pena e a reparação: enquanto a primeira incide em função da própria natureza ilícita do ato, a última incide em função de seus efeitos danosos... Dolo e culpa assumem significados distintos conforme se revelem no juízo cível ou criminal. O dolo no ilícito civil é mais amplo do que no ilícito penal, abrangendo não apenas a intenção de praticar um comportamento antijurídico, como a vasta categoria de “*trufa civile*” (fraude civil), englobando uma multiplicidade de estados subjetivos diversos da culpa como as hipóteses de dolo como vício do consentimento, podendo ainda equivaler simplesmente ao ato de fornecer falsas informações, a “reticências” (silêncio quanto a informações que interessam a outrem) e todo e qualquer estado subjetivo de má-fé, de várias intensidades.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil, p. 129)

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Idem*, p. 124-125.

⁵³ Carlos Roberto Gonçalves em sua obra *Direito Civil Brasileiro Volume IV: Responsabilidade Civil*, explica que: “[...] Alguns autores, para definir a culpa, inspiram-se numa concepção moral de culpabilidade. Consideram somente o aspecto subjetivo: se o agente podia prever e evitar o dano, se quisesse, agindo livremente. *Savatier*, assim, a define como “inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”. Outros, como os irmãos *Mazeaud*, adotam o critério objetivo na definição da culpa, comparando o comportamento do agente a um tipo abstrato, o *bonus paterfamilias*. Se, da comparação entre a conduta do agente causador do dano e o comportamento de um homem médio, fixado como padrão (que seria normal), resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do primeiro – nos quais não incorreria o homem-padrão, criado *in abstracto* pelo julgador – caracteriza-se a culpa.[...]” (p. 29).

Tal discussão acaba por desaguar na constatação de que para parte da doutrina civilista, o dolo reflete a intenção de prejudicar outrem por meio de uma violação intencional de um dever jurídico.⁵⁴ Nessa seara jurídica, mais uma vez, não há a preocupação técnica como existe no direito penal.⁵⁵

Sustentar que não há um rigor técnico como o empregado pelo direito penal não significa inviabilizar a troca de percepções e conceitos entre o direito civil e penal. NEISSER 2019 aduz que:

Resumindo o quanto exposto neste item, a culpa civil dialoga com a ideia de elemento subjetivo no Direito Penal, emprestando conceitos como reprovabilidade social e consciência da ilicitude. Em contraposição, o direcionamento do foco da responsabilidade civil para a vítima e o dano sofrido faz com que seja menos relevante indagar acerca da intensidade deste elemento. Dito de outro modo, se um cidadão causa dano ao veículo de outrem por descuido ou de forma deliberada, pouca diferença há para seu proprietário, que se vê igualmente reduzido em sua órbita de direitos patrimoniais e, quiçá, morais. Desta fundamental diferença nasce a agregação das figuras do dolo e da culpa em um único elemento subjetivo, a culpa civil. Se ao Direito Penal compete garantir que aquele que tenha obrado com dolo responda de forma mais severa do que o que agiu imprudentemente, ao Direito Civil caberá se certificar que, de um modo ou outro, quem foi lesionado obtenha a devida reparação. Ademais, enquanto no Direito Penal envidam-se esforços, no campo dos que adotam uma visão normativista do dolo e da culpa, para construir critérios objetivos ou passíveis de objetivização do dever de cuidado, na culpa civil esses são mais fluidos.⁵⁶

Pelo que se evidencia, não há, no direito civil, um rigor técnico quando tratar do dolo, sobretudo em sede de responsabilização civil, pois o foco é a reparação do dano causado a terceiros. Culpa e dolo, conforme exposto acima, acabam gerando a mesma consequência jurídica.

Ademais, o dolo empregado nesta seara é o *dolus malus*, onde a intenção ilícita é considerada como um dos elementos constitutivos do dolo (além da consciência e vontade).

Tal constatação é importante, pois uma leitura apressada da Lei n. 14.230/21 direcionaria o leitor à conclusão de que, a partir de agora, o dolo adotado na improbidade

⁵⁴ Interessantes apontamentos realizados por Giovana Benetti ao citar que: “Teixeira de Freitas distingue o discernimento da intenção. O discernimento consiste na ‘faculdade que fornece motivos à vontade em todas as suas deliberações, e não o conhecimento em particular de qualquer agente em relação a um ato por ele praticado, cuja moralidade seja necessário apreciar’. A intenção seria o ‘discernimento aplicado a um ato, que se tem deliberado praticar [...]’” E concluir asseverando que “No dolo, não se trata de simples consciência ou discernimento, mas de intenção [...] Assim, não basta a simples consciência de estar agindo em determinado sentido, é necessário o direcionamento intencional para a obtenção do resultado [...]” (BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil. Uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p.43)

⁵⁵ TARTUCE explica que: “O dolo, na responsabilidade civil, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima. A conclusão, de que o dolo equivale à culpa grave, vem do brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*, originário do Direito Romano, e com grande aplicação na atualidade. Para o Direito Civil não interessa o estudo da classificação do Direito Penal quanto ao dolo e, conseqüentemente, dos conceitos de dolo eventual, dolo não eventual ou preterdolo. Em todos esses casos, o agente deverá arcar integralmente quanto a todos os prejuízos causados ao ofendido. Em suma, repise-se que, presente o dolo, a indenização a ser paga pelo agente deve ser plena.”

⁵⁶ NEISSER *Op. Cit.*, p. 158-159.

administrativa é o *dolus malus*, porém não é bem assim, conforme analisaremos no decorrer do desenvolvimento deste trabalho.

c) DOLO NA ESFERA PENAL:

Na esfera penal, a análise do elemento subjetivo doloso é estudada com maior profundidade e, também, há muito tempo. Por essa razão, com o passar dos anos, novas teses e teorias foram e estão sendo lançadas no mundo jurídico sobre o tema (dolo), seja por conta do surgimento de uma visão antagônica às teorias existentes, seja pela complementação de uma visão já existente. Tal fenômeno se justifica no fato de que a sociedade está em eterna transformação.

O dolo, na visão do direito penal, começou a ser estudado no direito romano. Nesta fase inicial o dolo penal “*era caracterizado por três perspectivas: (i) a má intenção do agente; (ii) a vontade má ou (iii) a vontade dirigida a lesionar, o que acaba por substanciar o denominado dolus malus*”.⁵⁷

Posteriormente, vieram os glosadores e os pós-glosadores que tiveram o mérito de diferenciar o dolo em dois modelos, a saber: um querer jurídico-causal e um querer fático-causal, sendo que no primeiro, necessário o “querer o resultado” com consciência da ilicitude da ação, para configurar o dolo.

O querer fático causal, por sua vez, se subdivide em “*um querer causar o resultado antijurídico; um querer causar o resultado antijurídico com consciência da simples possibilidade de que ocorra o resultado, ou um querer indireto do resultado proveniente da conduta do agente*”.⁵⁸

Foi nessa época que surgiu a ideia da *presumptio doli*, que trouxe a proposta de que o dolo deveria ser provado por meio da análise dos indícios, dos fatos circunstanciados e dos contraindícios que permeavam o delito, afastando, em contrapartida, a análise do estado psicológico do autor. A presunção de dolo defendida nesse período acabou por gerar um tipo de objetivação do dolo e, conseqüentemente, foram desenvolvidas três importantes teorias, a saber: a teoria do *dolus generalis*; a doutrina Bartoli e a *voluntas indirecta*.

⁵⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo e Linguagem. Rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 30.

⁵⁸ CABRAL. *Idem*, p. 32.

Pelo *dolus generalis* bastava a simples consciência do autor com relação à prática de uma ilicitude para configurar o crime, ou seja, não era exigida a vontade dirigida à realização de um ato, bastaria a prática de um fato dirigido a determinado evento não permitido.

A doutrina Bartoli defendia a existência de dois tipos de dolo, o *dolus praesumptus* (provado *ex re*) e o *dolus verus* (provado efetivamente). O primeiro trabalhava com presunções processuais, sendo desnecessário que o agente fosse efetivamente consciente das consequências dos fatos por ele praticados, trabalhavam com a mera existência de indícios dessa consciência, permitindo a produção de prova em contrário.

O *dolus verus*, exigia a efetiva comprovação de que o agente atuou com vontade, para tanto os indícios dessa vontade, via de consequência do dolo, deveriam ser fortes, robustos, inexistindo espaço para dúvidas.

Já o *dolus indirectus*, segundo construção de COVARRUVIAS, significa que quem age intencionalmente em direção à conduta causadora, quer todos os resultados ordinários que resultam do fato praticado, e esse dolo poderia ser decorrente de uma vontade direta – “*consubstanciada pela malícia do fim perseguido*” –, ou de uma vontade indireta – “*que é a vontade da causa e não do efeito, ou seja, ainda que o resultado não seja o objeto da intenção, era ele previsível para o homem razoável, como efeito inextrincável e imediatamente conexo ao efeito intencionado*”.⁵⁹

BÖHMER, aprimorando a teoria do dolo indireto, sustentou que para caracterizar o dolo indireto seria necessária a presença do consentimento eventual do agente com relação ao fato, referente aos casos de resultados não pretendidos. Em outras palavras para configurar o dolo indireto deveria comprovar que o agente podia e devia ter previsto como possível a ocorrência do resultado que posteriormente ocorreu.⁶⁰

Cabe destacar que BÖHMER tem o mérito de ser o primeiro a contestar a construção teórica objetivadora do dolo ao exigir a efetiva comprovação do dolo (no caso, uma vontade subjetiva) quanto ao resultado delitivo.

Prosseguindo, FEUERBACH, grande crítico das teorias objetivadoras do dolo, defendeu que a “*liberdade do homem deve ser sempre considerada como condição para a punibilidade de suas ações exteriores*”; necessário, portanto, para a configuração do dolo a presença da voluntariedade no agir antijurídico, mais a condição de que o agente foi

⁵⁹ CABRAL. Dolo e linguagem, p. 34.

⁶⁰ CABRAL. *Idem*, p. 36.

psicologicamente capaz de prever a ameaça de pena prevista na lei.⁶¹ Logo, segundo seu entendimento, o simples conhecimento da ilegalidade da ação seria insuficiente para caracterizar o dolo, devendo ser acompanhado pela vontade consciente (intenção) de violar a norma jurídica. Por esse entendimento, FEUERBACH, estabeleceu as bases para a construção das teorias psicológicas do dolo.

Pois bem. Após percorrer parte da história da construção e do desenvolvimento do dolo, importante adentrar na análise do crime, que, nos termos da conceituação analítica e segundo a corrente majoritária⁶², é fragmentado em fato típico, antijurídico e culpável. Para uma correta compreensão do dolo, essa fragmentação é importante, pois dentro de uma organização sistemática dos elementos do crime, a localização do elemento subjetivo (dolo e culpa) varia de acordo com cada teoria, mudando os elementos componentes do dolo, alterando sua definição e conteúdo, conseqüentemente.

Iniciando com o causalismo, tem-se que o conceito de conduta (que está dentro da tipicidade) é despidido de valoração, portanto possui como característica a neutralidade, melhor explicando, a conduta “*é a ação ou a omissão voluntária e consciente que exterioriza movimentos corpóreos*”⁶³, haja vista que o elemento subjetivo (dolo e culpa) está situado na culpabilidade.

NEISSER explica que:

A organização sistemática proposta por Von Liszt insere o dolo e a culpa no âmbito da culpabilidade. Como define, [...] não basta que o resultado possa ser objetivamente referido à manifestação de vontade do agente, mas também deve dar-se subjetivamente o nexa na culpabilidade do autor [...]. A culpabilidade, assim, representa a relação subjetiva entre o ato e seu autor, que somente pode ser psicológica e representa [...] a imperfeição do sentimento de dever social, necessário para a vida comum

⁶¹ *Idem*, p. 36-37.

⁶² Segundo Guilherme de Souza Nucci “[...]Há quem entenda ser o crime, do ponto de vista analítico: a) um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, André Estefam, Cleber Masson, entre outros); b) um fato típico, antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Battaglini, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, entre outros); c) um fato típico e culpável, estando a antijuridicidade ínsita ao próprio tipo (Miguel Reale Júnior, entre outros adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo); d) fato típico, antijurídico e punível, constituindo a culpabilidade a ponte que liga o crime à pena (Luiz Flávio Gomes); e) um fato típico, antijurídico e culpável Nesta corrente, que é majoritária no Brasil e no exterior, e com a qual concordamos, dividem-se finalistas (Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando de Almeida Pedroso, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rodolfo Tigre Maia, Jorge Alberto Romeiro, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Rogério Greco, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, Bustos Ramírez, Jiménez Martínez, entre outros) e causalistas (Nélson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Júnior, Vicente Sabino Júnior, Salgado Martins, Euclides Custódio da Silveira, Manoel Pedro Pimentel, Roque de Brito Alves, Fernando de Almeida Pedroso, Jiménez de Asúa, Baumann, Mezger, entre outros), além daqueles que são adeptos da teoria social da ação, propondo-se a ser uma tentativa de ajuste, num só quadro, dos principais aspectos do causalismo e do finalismo (Jescheck, Wessels, Schmidt, Engisch, Wolff, entre outros) [...]” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 146)

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, P. 147.

no Estado, e a motivação antissocial, provocada por essa causa (em propor-se um fim contrário aos fins da comunidade [...]).

Para o autor vienense, o dolo é [...] o conhecimento, que acompanha a manifestação de vontade, de todas as circunstâncias factuais que acompanham o fato previsto na lei [...]. O conceito abrange não apenas o dolo direto, quando o autor sabe da produção do resultado, como o dolo eventual, quando tem como possível o advento do resultado e, ainda assim, pratica a conduta. Mantendo seu caráter de dolo psicológico, exigia-se[...] também, um elemento axiológico (consciência da ilicitude), o que acabava por manter a concepção de *dolus malus* do Direito romano [...].⁶⁴

Pela visão causalista, o delito se divide em dois aspectos, um externo e outro interno, sendo o externo formado pela tipicidade e antijuridicidade e o interno pela culpabilidade. O dolo, por essa teoria, é composto pela consciência, pela vontade e pela consciência da ilicitude, definido, assim, como dolo normativo.⁶⁵

De outro prisma, a teoria finalista alterou profundamente a composição dos elementos do crime, pois deslocou o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico, dessa forma a conduta passou a ser entendida como “a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a uma finalidade. Ao transferir o dolo para a conduta típica, o finalismo despiu-o da consciência de ilicitude, que continuou fixada na culpabilidade.”⁶⁶

Como se percebe o dolo passou a ter apenas dois elementos, consciência e vontade, já que o elemento consciência da ilicitude permaneceu como um dos elementos da culpabilidade. Esse dolo recebeu o nome de dolo natural.⁶⁷

Interessante, ainda, colacionar a resumida diferenciação trazida por NUCCI, *in verbis*:

Depende da teoria adotada: a) é a vontade consciente de praticar a conduta típica (visão finalista – é o denominado dolo natural); b) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito (visão causalista – é o denominado dolo normativo); c) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, compreendendo o desvalor que a conduta representa (é o denominado dolo axiológico, exposto por Miguel Reale Júnior, Antijuridicidade concreta, p. 42).⁶⁸

⁶⁴ NEISSER. *Op. cit.*, p. 132-133.

⁶⁵ Pelo fato do dolo ser composto pelos três elementos ditos acima, CABRAL explica que “[...] Este último elemento (consciência da ilicitude), caracterizava a manutenção da ideia de um *dolus malus*. [...] o dolo, no sistema clássico, era dolo psicológico, dotado de uma valoração, já que plasmado em estados mentais e exigia, também, um elemento axiológico (consciência da ilicitude), o que acabava por manter a concepção de *dolus malus* do Direito romano. [...] é possível afirmar que, no sistema neoclássico, o dolo manteve sua posição como elemento essencial da culpabilidade e continuou, ainda, sendo compreendido como *dolus malus*, já que tinha como um dos seus elementos caracterizadores a consciência da ilicitude [...]” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo e Linguagem. Rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. P. 39 e 41-42.

⁶⁶ NUCCI. *Op. Cit.*, p. 147.

⁶⁷ Interessante assertiva realizada por CABRAL que explicou que “[...] a teoria finalista substituiu a ideia de dolo como maldade por uma concepção de dolo como finalidade avalorada ou, nas palavras de WEZEL, o dolo era ‘concretização finalista do injusto’. Justamente por isso, a maldade saía de cena para dar lugar a outros estados mentais, como caracterizadores do dolo. Já não valorativos, mas sim ontológicos-descriptivos, que variavam de acordo com as mais distintas matizações teóricas sobre o tema. [...] Em suma, com o finalismo finalmente se abandonou a ideia de *dolus malus*, para adotar-se uma perspectiva ontológico-descriptiva de dolo: o denominado *dolus naturalis*” (CABRAL. Dolo e linguagem, p.43-44).

⁶⁸ NUCCI. *Op. Cit.*, p 200.

Prosseguindo, insatisfeitos com a solução desenvolvida pela teoria finalista, principalmente por conta da visão ontológica-descritiva aplicada, desenvolveu-se a corrente funcionalista (imputação objetiva), que visou superar essa proposta ontológica com o resgate das perspectivas valorativas do neokantismo.

A teoria da imputação objetiva, segundo LUIS GRECO, “*enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem da causação uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.*”⁶⁹

Atualmente os principais expoentes da teoria funcionalista são Claus Roxin e Günther Jakobs.

Roxin desenvolveu o funcionalismo teleológico com o objetivo de “*determinar um critério de imputação capaz de concretizar a finalidade da norma penal*”⁷⁰. Para Roxin a política criminal deve objetivar a criação de um sistema que possibilite a convivência protegida e livre dos cidadãos, mantendo somente as limitações legais indispensáveis à pacífica coexistência social.⁷¹

Segundo Roxin, dolo pode ser definido como o conhecimento e a vontade referente a todos os elementos do tipo penal – portanto, permanece o dolo no fato típico, igual o finalismo –, porém, agrega-se um elemento teleológico que servirá para caracterizar seu pensamento. Seus estudos visam contrapor a visão ontológica defendida no finalismo e para tanto se aproxima de uma objetivação do dolo já que compete ao direito definir se o autor agiu com a intenção de praticar o ato delitivo.⁷²

O dolo mantém a estrutura e a posição topográfica desenvolvida pelo finalismo, porém, aduz ROXIN que o elemento volitivo deve ser compreendido por uma perspectiva normativa,

⁶⁹ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquemático. Parte Geral. 8 Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 278.

⁷⁰ *Idem*, p. 282.

⁷¹ “[...] Com esse ponto de partida, Roxin pretende evidenciar que o Direito Penal não deve ser estruturado deixando de lado a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera, isto é, alheio à realização dos fins que o legitimam. Por isso, sustenta que quando as soluções alcançadas no caso concreto, por aplicação dos conceitos abstratos deduzidos da sistematização dogmática, sejam insatisfatórias, elas podem ser corrigidas de acordo com os princípios garantistas e as finalidades político-criminais do sistema penal. Em outras palavras, a configuração do sistema de Direito Penal passa a ser estruturada teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas [...]” (NUCCI. *Op. Cit.*, p.135).

⁷² “[...] Coerente com a pretensão de afastar-se da lente ontológica que informara seus predecessores, Roxin admite certa objetivização ou normativização do dolo, pois reconhece que apreciar se o autor tomou uma decisão a favor da lesão a bens jurídicos não cabe ao próprio autor, mas aos critérios fixados pelo Direito. Essa valoração se dessume dos atos praticados pelo autor, que apontam para o fato de ter agido de forma contrária aos bens jurídicos protegidos. No dolo eventual reside um dos pontos de mais clara normativização da teoria de Roxin, como por ele admitido, já que a decisão que se busca não reside em algum ponto da psique do autor, mas deriva de [...] uma interpretação do comportamento do autor, como aceitação do resultado [...]”.(NEISSER. *Op cit.*, p. 139).

adequando-se a proposta de missão do Direito penal, que seria garantir a proteção a bens jurídicos.

Günther Jakobs, por sua vez, desenvolveu a teoria funcionalista sistêmica, onde a função do direito penal é assegurar a vigência da norma, ou seja, a pena seria uma reação do sistema ante a ofensa a uma norma, a qual deve ser definida positivamente.

Para Jakobs

[...] a legitimação material do Direito Penal reside na necessidade de conservação da própria sociedade e do Estado, como garantia das “expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social”, de tal forma que o verdadeiro bem jurídico penal a proteger seria “a firmeza das expectativas essenciais frente à decepção[...]⁷³

Quanto ao dolo, segundo apontamentos de NEISSER:

Se todos os elementos da teoria do delito devem ser ressignificados de modo a contribuir para que as expectativas sociais sejam mantidas e que a norma permaneça íntegra, também o dolo passará por essa transformação. Sob o ponto de vista prático, agudiza-se a normatização do conceito de dolo, não apenas no que toca à vontade, como fizera Roxin, mas também quanto ao aspecto cognitivo. A formulação busca, na explicação de Jakobs, suprir a incongruência deixada pela convivência de uma concepção psicológica do dolo cognitivo com outra normativa da culpabilidade. Assim, em suas palavras, [...] o autor que, por indiferença, não reconhece a consequência nociva relacionada a sua conduta, responde por culpa [...]. De outro lado, [...] o autor escrupuloso, que registra com cuidado todo o risco não permitido, sofre a pena do delito doloso [...].⁷⁴

JAKOBS também sustenta – igual ROXIN – que o dolo deve ter relação com a função do direito penal. Porém, para ele o dolo seria uma decisão que afronta a vigência da norma, evidenciando, assim, seu caráter de prevenção geral positiva. Desta feita, pode-se afirmar que JAKOBS “*propõe um conceito cognitivo de dolo, deixando de lado a exigência de um elemento volitivo*”, ou seja, “*defende que o dolo é consubstanciado pelo simples conhecimento da ação e de seu resultado*”.⁷⁵

Ainda com relação ao dolo, cabe trazer à baila teorias mais recentes e que vem ganhando adeptos no mundo jurídico.

Neste propósito, inicia-se com a posição defendida por Ramon Ragués I Vallès, que mantém a ideia de que o dolo é um fenômeno eminentemente interno e decorre com a previsão do sujeito de que sua conduta possibilita a realização do tipo penal. O autor possui visão pragmática já que se preocupa com a comprovação do dolo em um processo penal.

⁷³ NUCCI. *Op. Cit.*, p. 136.

⁷⁴ NEISSER. *Op. Cit.*, p. 139-140.

⁷⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem. Rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. 2020. P. 47.

RAQUÉS I VALLÈS reconhece que analisar o dolo através de dados psíquicos mostra-se temeroso, porque sua comprovação é impossível. Logo estabelece quatro regras para a atribuição do conhecimento.⁷⁶

NEISSER expõe que:

[...] O cerne da teoria de Ragués I Vallès passa, em seguida, pela construção das regras de atribuição de conhecimento. Como resume Pérez Barberá, quatro seriam as regras. Em primeiro lugar, seria possível considerar que todas as pessoas, pelo mero fato de existirem na sociedade, são detentoras de conhecimentos mínimos que superam a questão das ausências irracionais de representação. A segunda regra implica admitir que se há provas de que um determinado conhecimento foi transmitido ao sujeito em momento pretérito, é de se admitir, inexistente prova em sentido contrário, que ele ainda o detinha no momento da conduta típica. Também se pode reconhecer a existência de um conhecimento se, em algum momento, a pessoa exteriorizou que o detinha. Por fim, de maior importância para o tema em debate, há características pessoais do sujeito que são fontes de atribuição de conhecimentos, como o local em que vive ou trabalha, a profissão que exerce, a formação que teve, dentre outros.⁷⁷

Modernamente, muito se discute sobre a prescindibilidade ou não do elemento volitivo para a configuração do dolo. Portanto, a discussão doutrinária atual está no conteúdo do dolo, quais elementos são imprescindíveis para sua configuração.

O embate, com relação à necessidade da presença do elemento volitivo para a caracterização do dolo será abordado com maior profundidade no próximo capítulo.

Finalmente, há quem defende uma ressignificação do elemento volitivo do dolo com a adoção de uma intenção significada, posição sustentada por VIVES ANTÓN na Espanha e BUSATO e CABRAL no Brasil, por exemplo.

Por essa linha de pensamento o direito, e o dolo, por conseguinte, não pode ser estudado somente de forma teórica, sendo necessário observar questões afetas à política criminal. Assim, a teoria e a prática devem andar juntas para que se tenha a correta compreensão do elemento subjetivo.

Melhor explicando, a relação existente entre a intenção e a conduta é interna, porém a *“intenção não é um estado mental, não é um pensamento, não é o que acontece ‘na cabeça do sujeito’.* A intenção é a própria ação ou omissão significada em seu contexto”.⁷⁸

Pertinente, ainda, destacar que no direito pátrio, o art. 18, I, do Código Penal, prevê que o crime é *“[...] doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo [...]”*.⁷⁹

⁷⁶ RAQUÉS I VALLÈS, Ramon. El dolo y su prueba em el processo penal. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, p. 324.

⁷⁷ NEISSER. *Op. Cit.*, p. 146.

⁷⁸ CABRAL. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e a teoria da ação significativa., p. 139

⁷⁹ BRASIL. Código Penal.

Oportuno colacionar que o dolo pode ser direto – quando o autor tem vontade de produzir um determinado resultado – ou indireto – quando o autor não tem vontade de produzir um resultado, mas assume e aceita o risco de produzir o resultado.

Outra classificação interessante para o presente trabalho é a diferenciação entre dolo genérico – a vontade do agente é direcionada a prática de uma conduta típica, inexistindo finalidade específica – e dolo específico – onde há uma finalidade específica (elemento subjetivo do tipo) desejada pelo agente, que deve estar presente no tipo. Neste ponto há divergência entre a posição jurisprudencial do STJ que acolhe o dolo genérico e a nova Lei n 14.230/2021, que, a princípio, adota o dolo específico, porém, tal questão será tratada com maior cuidado no decorrer do trabalho.

Por fim, pertinente esclarecer que, diferentemente do direito processual civil, no âmbito criminal não é admitido os efeitos da revelia, não se admite a inversão do ônus probatório, tão pouco a presunção de culpabilidade, bem como que a pena é pessoal, ou seja, deve ser suportada pelo autor do fato delitivo (ou até o limite da herança).

Ademais, ressalta-se que a responsabilização criminal possui o caráter retributivo (pagar pelo ilícito praticado) e preventivo (evitar que o autor volte a praticar delitos e evitar que outros pratiquem delitos).

No próximo capítulo aprofundaremos os elementos do dolo, evidenciando as evoluções teóricas existentes a fim de visualizar a melhor forma de trabalhar o dolo na improbidade administrativa.

CAPÍTULO 2 – O CONTEÚDO DO DOLO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

O dolo na improbidade administrativa possui grande similitude com o dolo estudado no direito penal. No capítulo anterior foram apresentados os principais pontos de convergência. Podem-se resumir tais pontos convergentes na característica sancionatória das duas esferas jurídicas (improbidade administrativa e direito penal).

Partindo dessa constatação, o presente capítulo apresentará as principais teorias sobre os elementos (conteúdo) do dolo, mais bem trabalhadas pelo direito penal, para assim, avaliar as aplicações em sede de improbidade administrativa, confrontando com o disposto na Lei de Improbidade Administrativa alterada pela Lei n. 14.230/2021.

Importante, então, conhecer as principais teorias que trabalharam os elementos do dolo no direito penal, para que se possa clarear a temática em âmbito de improbidade administrativa.

Ademais, pertinente esclarecer que as teorias do dolo na esfera penal podem ser, de forma clássica, divididas em dois grandes grupos, as teorias psicológicas e as teorias normativas. As teorias psicológicas do dolo subdividem-se em teoria psicológico-volitiva e teorias psicológico-representacionistas. De outro lado, as teorias normativas também se subdividem em teorias normativo-volitivas e teorias normativo-cognitivas. Recentemente, mais precisamente no final do século passado, surgiu a teoria significativa da ação de VIVES ANTÓN, que vem ganhando adeptos.

2.1 – TEORIAS PSICOLÓGICAS

Conforme já exposto, FEUERBACH é tido como o responsável pela quebra da visão objetivista do dolo, já que a partir de seus ensinamentos, foram desenvolvidas teorias que fixaram a base de análise em processos psíquicos para caracterizar o dolo.

Partindo dessa premissa – dolo psicológico –, surgiram subdivisões doutrinárias, as psicológico-volitiva e psicológico-representacionistas, sendo a primeira voltada ao estado mental do sujeito, ou seja, atrelada à vontade do agente; a segunda, por sua vez, mira projeções relacionadas ao curso causal da ação.

Cabe ressaltar, também, que atualmente as teorias psicológicas são as mais aceitas no direito pátrio (doutrina e jurisprudência). Tais teorias defendem que dolo é a conjugação do conhecimento mais a vontade de realizar o tipo objetivo.⁸⁰ Neste sentido, GOMES explica que:

O conceito de dolo, de acordo com a doutrina tradicional, é dado como o agir com ‘consciência’ e ‘vontade’ de realizar o tipo penal objetivo, não sendo exigido um conhecimento preciso e perfeito, mas a plena consciência do risco que gera a ação e a determinação volitiva. O agente tem previsão do resultado, ou seja, tem conhecimento donexo causal entre sua conduta e o resultado, dirigindo sua ação, por sua deliberada intenção, a esse determinado fim.⁸¹

Passa-se ao aprofundamento dessas teorias.

a) DOLO PSICOLÓGICO-VOLITIVO:

As teorias psicológicas-volitivas tiveram o mérito de dividir o dolo em duas partes, a saber: uma parte cognitiva e outra volitiva.

Grandes expoentes do direito penal mundial que adotaram esta linha intelectual para explicar o dolo foram VON HIPPEL, FRANK, ENGISCH e KAUFMANN.

VON HIPPEL, fundador da teoria conhecida como teoria pura da vontade, defendia que o “querer” era o principal critério para identificar o dolo. A partir dessa premissa, concluía que se o resultado foi querido, houve dolo; caso contrário, seria hipótese de imprudência.⁸²

Esse “querer” representa a vontade do agente em praticar o ato típico, abarcando tanto o dolo direto quanto o dolo indireto. Ressalta-se que essa vontade é uma vontade específica de realizar os elementos objetivos do tipo penal, ou seja, de cometer o crime.

VON HIPPEL defende que, até mesmo o dolo eventual era identificado com base na análise da vontade do agente, porém com uma forma diminuta em comparação aos dolos diretos

⁸⁰ A título de exemplo dessa visão dominante no direito pátrio, cita-se os ensinamentos de BITENCOURT: “... Dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Welzel, “dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”⁷. O dolo, puramente natural, constitui o elemento central do injusto pessoal da ação, representado pela vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo..” (BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal 1. Parte Geral. 17 edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.399). No mesmo sentido BONFIM: “A doutrina clássica chamava-o *voluntas sceleris* (vontade criminosa). É a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo penal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela vontade humana”. (BONFIM, Edilson Mougenot. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 391).

⁸¹ GOMES, Márcio Schlee. Dolo. Cognition e risco. Avanços teóricos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 51.

⁸² “Querido, e portanto causado dolosamente, é o resultado antijurídico previsto da ação, quando a esperança de sua realização não era crucial (principal motivo) para a realização da conduta. Pertencem ao âmbito do dolo os casos: 1) aspirados como desejados; 2) pensados como uma ligação necessária com eles; 3) em que aos autores é indiferente o resultado antijurídico; 4) como o último grupo de casos, em que o autor não desejava o resultado, ainda que tenha previsto como possível, mas acabou atuando em vez de renunciar a seus interesses.” VON HIPPEL, Robert, *apud* CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. 2020, p. 90.

de primeiro e segundo graus. De forma mais clara, a diferença entre tais tipos de dolo está no grau e intensidade da vontade em realizar os elementos objetivos do tipo previsto na lei.

A grande crítica que se faz a esta visão é justamente a imprecisão na utilização do termo “querer”, já que é utilizado para explicar tanto o dolo direto quanto o dolo eventual, parecendo, por vezes, contraditório.

Posteriormente veio a corrente que defende a ideia de tratar o dolo como sendo um consentimento ou uma aprovação. Tal ramificação teórica manteve a construção idealizada por VON HIPPEL com relação ao dolo direto, alterando a forma de trato do dolo eventual.

Na elaboração do dolo eventual o elemento volitivo se manteve presente, já que é este elemento que o diferencia da imprudência consciente; porém, a vontade é validada com a aprovação interna do agente quanto ao resultado previsto de sua conduta.

A dificuldade enfrentada, então, seria demonstrar, comprovar a existência desse assentimento para com o resultado previsto.

Com o propósito de clarear essa questão, FRANK desenvolveu métodos/fórmulas sobre o tema, com destaque para a que ficou conhecida como “Segunda Fórmula de Frank”. Nesta, o autor asseverou que o dolo eventual somente estaria presente se o sujeito pensasse da seguinte forma: “*seja de uma forma ou de outra, ocorra assim ou de outra forma, eu atuarei de qualquer forma [...]*”⁸³

Esta fórmula ainda é empregada para explicar a teoria do consentimento (o sujeito prevê o resultado, mesmo assim, assume o risco produzi-lo praticando a conduta), lembrando que o art. 18, I, do Código Penal Brasileiro, considera crime doloso aquele em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo⁸⁴.

Ocorre que esta doutrina não resolve a contradição conceitual existente na teoria de VON HIPPEL, sendo que:

[...] a proposta mantinha as ambiguidades conceituais da teoria pura da vontade, pois essa aprovação, ao fim e ao cabo, acaba padecendo do mesmo problema de tentar definir todos os tipos de dolo sob um mesmo denominador comum, consistente em um simples dado psíquico, acabando por propugnar, ao mesmo tempo, um conceito psicológico de vontade para o dolo direto e um conceito normativo para o dolo eventual, ou seja, um conceito usual e outro fictício do elemento volitivo. [...]⁸⁵

⁸³ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquemático. Parte Geral. 8 Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 309.

⁸⁴ BRASIL, Código Penal, art. 18, I.

⁸⁵ CABRAL. Dolo e linguagem, p. 93.

Neste mesma linha, pertinente colacionar precisos apontamentos realizados por RAQUÉS I VALLÈS: “[...] El punto de partida de esta teoría es la idea de que, si el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica, esta definición debe ser válida incluso en los supuestos límites. El problema que se plantea a este modo de ver la cosas es que, en determinados casos, no resulta en absoluto evidente que pueda afirmarse que el sujeto haya querido la realización de la conducta típica y, sin embargo, tales supuestos parecen hacerse acreedores del castigo asignado a los delitos dolosos no del previsto para los imprudentes. Para salvar este problema, a los partidários de la teoría de la coluntad no les queda otro remedio que recurrir a ampliaciones del concepto ‘querer’,

Outro estudioso que se debruçou na análise do dolo foi ENGISCH, e, visando primordialmente aperfeiçoar a teoria da vontade e resolver a dificuldade teórica em definir o dolo eventual, desenvolveu a teoria da indiferença.

Segundo ENGISCH, o elemento volitivo do dolo eventual é representado pela indiferença demonstrada pelo agente com relação à realização dos elementos objetivos do tipo penal.⁸⁶

Percebe-se que na busca de solucionar o problema conceitual com relação ao dolo eventual, retirou o requisito vontade e acrescentou a condição da indiferença no atuar do agente.

Essa construção teórica também foi alvo de críticas, principalmente diante da subjetividade do termo “indiferença”, já que o seu significado não é suficientemente claro e, por conseguinte, impróprio para ser empregado em tarefa tão importante como a de diferenciar o dolo eventual da imprudência.

CABRAL ressalta que:

A teoria da indiferença, além de promover uma simples troca de estado mental (vontade por indiferença), tem problemas conceituais ao vincular o conceito de dolo eventual a meros desejos e gostos do agente, bem como ao empregar conceitos antagônicos do dolo direto e dolo eventual (vontade *versus* indiferença), uma vez que o querer que caracteriza do dolo direto é diametralmente oposto à ideia de indiferença, utilizada para conceituar dolo eventual.⁸⁷

É de se destacar, ainda, a tese defendida por KAUFMANN, na qual o dolo é compreendido como sendo a ausência de vontade de evitar o crime, conhecida, assim, como teoria da evitação.

Segundo KAUFMANN, para verificar a presença do dolo, necessário apurar se o agente agiu ou não com a vontade de evitar a realização dos resultados tidos como possíveis. De forma mais clara, para esta doutrina é a ausência de vontade de evitar o resultado que identificaria ou não a existência do dolo.

CABRAL, esclarecendo o trabalho desenvolvido por KAUFMAN escreve que:

admitiendo que también *quiere* el sujeto que, además de representarse como posible la realización del tipo, mantiene una ‘especial relación emocional’ com el resultado o demás circunstancias del hecho que deban abarcarse dolosamente. Más allá de la voluntad en sentido estricto, el querer es ampliado a otro género de ‘relaciones emocionales’” (RÁQUES I VALLÈS. *El dolo su prueba*, p. 61).

⁸⁶ CABRAL pontua que: “[...] concluiu que a vontade não é um requisito imprescindível para todas as formas de dolo, chegando a afirmar que a premissa adotada pelas teorias da vontade de que ‘o querer é necessário para uma culpabilidade mais severa é, na verdade, um preconceito [...]’ Portanto, ENGISCH afirmava que o dolo poderia se manifestar das seguintes maneiras: ‘Existe dolo quando a realização do tipo é pretendida; quando ela é reconhecida como certa ou altamente provável, em consequência de seu próprio comportamento ou do resultado buscado; e quando o resultado – ainda que reconhecido como possível ou simplesmente provável consequência da conduta ou do pretendido – é indiferente ao agente.’” (CABRAL. *Dolo e linguagem*, p. 94).

⁸⁷ CABRAL. *Idem*, p. 95.

KAUFMANN sustentou, ademais, que a vontade de evitação excluía o dolo tanto quando estivesse dirigida contra a realização das consequências principais da ação, como quando estivesse contra a ocorrência das consequências acessórias.

Além disso, argumentou que a vontade de evitação faz com que o dolo não dependa do ‘sentido’, da ‘atitude’, nem sequer da ‘representação’ do agente, uma vez que se trata de um parâmetro objetivo, pois essa vontade tem que ser uma ‘vontade dirigida, que se manifesta no acontecimento externo’.⁸⁸

Analisando acuradamente a presente proposta, percebe-se que ela não resolve o problema apontado pela doutrina da teoria pura da vontade, uma vez que confunde o dolo eventual e imprudência, mais precisamente a imprudência inconsciente. Na imprudência inconsciente inexistente vontade de evitação por parte do agente – pois não há qualquer tipo de representação pelo agente.

ROXIN analisa essa linha intelectual com os seguintes apontamentos:

[...] por um lado, a negligência ou a leviandade humana tende a, com não pouca frequência, fazer com que o agente confie na sua própria sorte, também, sem realizar quaisquer medidas especiais de precaução (pense no caso daquele que joga bituca de cigarro aceso em local com perigo de incêndio!) e, por outro lado, os esforços de evitação tampouco podem excluir o dolo quando nem o próprio sujeito confia em seu êxito e continua agindo, apesar disso.⁸⁹

Percebe-se igualmente que esse raciocínio possibilita manobras estratégicas para desconfigurar o dolo, por parte de agentes mal intencionados, na medida em que podem praticar atos com a suposta intenção de evitar o resultado doloso. Entretanto, assim atuam sabendo que não evitarão tal resultado, servindo apenas para escapar de eventual acusação da prática de crime doloso.

Ainda na linha atrelada ao dolo psicológico-volitivo há a teoria do “levar a sério”, que decidiu identificar a imprudência como sendo uma “temeridade” e que somente configuraria dolo se o agente considerou de forma séria que o resultado delitivo ocorreria.

Por esta visão, se o sujeito age de forma consciente, porém, confia que o resultado desfavorável não ocorrerá, estar-se-ia diante de conduta imprudente, não dolosa, simplesmente porque o sujeito não levou a sério a possibilidade da ocorrência do resultado lesivo.

Como resultado desta teoria, constata-se que a decisão sobre a ocorrência ou não da conduta dolosa fica a cargo do agente, devendo o juiz analisar a existência ou não do dolo a partir da palavra do sujeito; condição esta bastante criticável.

De uma forma geral, pelo que se denota, as teorias psicológicas-volitivas fundamentam que o dolo deve ser analisado tendo por base o que se passava na mente do sujeito no momento que ele praticava a conduta ou se omite ilicitamente.

⁸⁸ CABRAL, *Idem*, p. 96.

⁸⁹ CABRAL. *Ibid.*, p. 97.

b) DOLO PSICOLÓGICO-REPRESENTACIONISTA:

Estas teorias tem como foco o elemento cognitivo do dolo, ou seja, a relação causal entre a ação e o conhecimento do sujeito é destacada em detrimento da vontade. Portanto, em que pese ainda possua uma projeção psicológica do dolo, a análise se centra na verificação do curso causal entre o conhecimento do agente e o resultado de sua ação.

Esta teoria também possui uma subdivisão: a teoria da representação da possibilidade e a teoria da representação da probabilidade, que passaremos a analisar.

A teoria da representação da possibilidade toma por base, para a configuração do dolo, a conduta e a linha psicológica do curso causal decorrente desta conduta. Deste modo, para sua configuração, basta a simples representação pelo autor da possibilidade de se consumir o resultado previsto como criminoso.

Interessante apontamento realizado por VON LISZT:

Dolo é a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade). A expressão dolo (*Vorsatz*, médio alto alemão *Fara, Gefährde*) não é gramaticalmente bem escolhida. O *dolus malus* do Direito Romano é intenção antijurídica e nada tem de comum com o moderno dolo. Também a linguagem dos nossos dias vacila; os vocábulos dolo e intenção, de um lado, e, de outro, vontade e dolo são frequentemente empregados como equivalentes. Prova disso nos dá a falta de segurança com que o Código Penal se expressa, como advertiremos no texto.⁹⁰

Para esta corrente, a simples possibilidade de valoração do resultado é suficiente para a caracterização do dolo, conseqüentemente, inexistente a imprudência consciente, já que, em ocorrendo (consciência), seria classificada como dolo.

Ocorre, porém, que esta corrente acaba por criminalizar situações cotidianas que, naturalmente, são de risco, porém lícitas e permitidas⁹¹.

Por sua vez, a teoria da probabilidade sustenta que, para caracterizar o dolo, além de visualizar como possível a concretização do resultado lesivo, deve o autor ter como muito provável a sua ocorrência e, mesmo assim, decide agir.

LUCAS, citado por CABRAL, assevera que “*os efeitos de nossas condutas nem sempre são diretos e necessários. Muito pelo contrário, podem mudar, independentemente de nossa vontade.*”⁹²

⁹⁰ LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I. tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 276.

⁹¹ CABRAL pontua que “[...] a teoria da possibilidade acaba promovendo um tratamento penal idêntico às pessoas que atuam de acordo com os riscos representados, mas permitidos e dominados, com aquelas que atuam desvinculadas desses limites, o que tampouco parece correto [...]” (CABRAL, *op. Cit.*, p. 101-102).

⁹² CABRAL. *Idem*, p. 102.

Partindo dessa premissa verifica-se que em muitos casos os resultados são impossíveis de serem sentenciados como certos, existindo tão somente a probabilidade de serem alcançados dentro de uma evolução natural das condutas.

Ocorre, porém, que esta teoria falha quando questionada quanto ao grau de probabilidade da ocorrência do resultado seria necessário para configurar a conduta dolosa, o que evidencia se tratar de um critério matemático para definir condutas dolosas.

Enfim, esta teoria também não convence, diante das falhas apontadas.

As críticas às teorias psicológicas são bem expostas por GRECO que explica que:

Observe-se que a objeção aqui formulada contra o conceito volitivo de dolo não se refere nem ao problema de definição, nem ao de prova. Estes problemas, é claro, existem. O primeiro deles, o *problema de definição*, diz respeito a que há uma série de teorias volitivas no mercado, cada uma se referindo a um estado psíquico diverso — consentimento, assunção do risco, assunção aprovadora do risco, decisão contra um bem jurídico etc. —, sendo que nunca se explica bem no que uma teoria difere da outra. O segundo deles, o *problema de prova*, diz respeito ao fato de que, qualquer que seja o elemento volitivo que se considere correto, nunca é realmente possível provar a sua existência de maneira compatível com as exigências da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Por causa do chamado acesso privilegiado que tem o autor em relação aos seus estados mentais, a rigor sempre lhe será possível negar ter agido com o estado mental a que a teoria volitiva preferida se refere, sem que o juiz tenha como atestar estar o autor mentindo. O fato de que ainda assim existam condenações por dolo mesmo em casos em que não há confissão revela que, no fundo, a vontade em sentido psicológico nunca foi levada muito a sério.⁹³

Agora, de forma antagônica às teorias psicológicas do dolo têm-se as teorias do dolo normativo, adiante desenvolvida.

2.2 – TEORIAS NORMATIVAS:

As teorias normativas do dolo fazem um giro dogmático de 180° em comparado com as teorias psicológicas do dolo. Para essas correntes o elemento primordial para a definição do dolo é o elemento cognitivo, ou seja, o dolo deixa de ser identificado por uma perspectiva psicológica e passa a sê-lo por meio de uma valoração.

As teorias do dolo normativo são divididas entre correntes normativo-volitivas e normativo-cognitivas, sendo que as primeiras sustentam a presença dos elementos cognitivo e volitivo, porém esse elemento volitivo é construído não com uma visão psíquica, mas sim por meio de uma valoração normativa da conduta. A última, por sua vez, extirpa o elemento volitivo do dolo, entendendo por suficiente o elemento cognitivo que seria normativamente valorado.

a) DOLO NORMATIVO-VOLITIVO:

⁹³ GRECO, Luis. Dolo sem vontade, p. 807.

O foco destas teorias é o elemento cognitivo, com a manutenção do elemento volitivo. Entretanto, constata-se que a vontade é construída por meio de uma valoração normativa, deixando de lado a valoração psicológica perpetrada pelas teorias psicológicas apresentadas acima.

Seguindo a linha intelectual das teorias normativo-volitivas, GRECO explica que:

É possível usar o termo vontade também num segundo sentido, não mais psicológico-descritivo, e sim atributivo-normativo. Aqui, vontade não mais é uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor.⁹⁴

Necessário esclarecer que o sentido psicológico-descritivo significa que a vontade representa a intenção do autor, seu conteúdo é pessoal, interno, sua intenção, seu querer em praticar determinada conduta e obter determinado resultado.

Já, o sentido atributivo-normativo, *“parte-se de um raciocínio inverso, de fora para dentro, que a partir da conduta gera por uma lógica indutiva um conceito sobre aquele comportamento que sugere uma definição de que o agente é responsável pela conduta.”*⁹⁵

O sentido atributivo-normativo tem por base a análise das circunstâncias fáticas para, assim, concluir se o resultado foi ou não querido pelo autor, desconsiderando eventuais desejos e intenções internas do autor, que figurariam como irrelevantes.

Ademais, pertinente trazer à baila que muitas destas teorias são, também, conhecidas como teorias processuais, uma vez que visam construir/desenvolver um conceito de dolo que possibilita a comprovação judicial, ou seja, possuem uma preocupação valorativa e não descritiva.

HASSEMER, por exemplo, defende que o dolo é uma decisão contra um determinado bem jurídico que é protegido pela legislação penal. Sua doutrina baseia-se na análise das condutas tanto no aspecto interno quanto no externo e que *“o distinto grau de participação interna no fato externo é o que diferencia o grau de culpabilidade entre dolo e imprudência.”*⁹⁶

Este autor mantém parte da construção desenvolvida nas teorias psicológicas, importando os já existentes conceitos da teoria do consentimento ou aprovação (aceitar o

⁹⁴ GRECO. Dolo sem vontade, p 887.

⁹⁵ GOMES. Dolo: cognição e risco, p. 63.

⁹⁶ CABRAL. *Op. Cit.*, p. 106.

resultado). Todavia, aduz que o dolo é um conceito dispositivo e que sua apuração deve ser realizada por meios indiretos, pautados em indicadores externos da conduta do agente⁹⁷.

Determina, também, que os elementos externos que devem ser utilizados para caracterizar o dolo são o perigo (externo), a representação do perigo (interno) e a decisão (interna) direcionada à prática do perigo reconhecido⁹⁸.

BUSATO resume a tese de HASSEMER nas seguintes linhas:

Em resumo, Hassemer entende que o dolo é uma “decisão a favor do injusto”, mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. Por isso, estes indicadores só podem ser procurados na mesma *ratio* do dolo, que se explica em três sucessivos níveis: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa.⁹⁹

A teoria de HASSEMER sofre, portanto, as mesmas críticas lançadas à teoria do consentimento – expostas acima – inexistindo, também, prova da eficiência de sua tese, diante da incerteza sobre o que acontecia internamente na mente do autor no momento da prática criminosa.

ROXIN, também adepto da corrente do dolo normativo, sustenta que o dolo necessariamente deve fazer parte do plano do agente, ou seja, dentro do planejamento do agente o resultado de sua conduta deve fazer parte do plano traçado, deve ser conhecido e querido.

Segundo o autor, quando se está diante de resultados causados e desejados conscientemente, pelo agente, estes resultados são considerados intencionais. Por outro lado, se os resultados são indesejados, podem ser classificados como decorrentes de dolo eventual, no caso de considerar o resultado como possível ou provável.

⁹⁷HASSEMER *apud* BUSATO: “que tipos de comportamentos dolosos devem se diferenciar, quais devem ser separados dos não dolosos, quais devem ser sancionados penalmente, todas estas perguntas não podem ser discutidas desde um ponto de vista ontológico, mas somente desde uma perspectiva deontológica, ou seja, são questões abertas às expectativas de justiça historicamente variáveis.” (BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*. In: *Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, p. 69, 2014.)

⁹⁸CABRAL explica que: “No que diz respeito ao perigo, defende que este é consubstanciado pela periculosidade objetiva para o bem jurídico tipicamente protegido, citando, como exemplo, o caso de um atentado à bomba em que o agente deve levar em consideração a sua força destrutiva, a distância do objeto ameaçado, as possibilidades de sua utilização, etc. já com relação ao requisito da representação do perigo, afirma que consiste no nível cognitivo dos indicadores do dolo, podendo ser identificado, por exemplo, pela visibilidade que o agente tem do fato, pela capacidade de percepção que ele tem do caso, pela complexidade ou simplicidade da situação, dentre outros aspectos. Por fim, o requisito da decisão, é consubstanciado, conforme HASSEMER, pela: ‘(...) confirmação das condutas ativas de evitação, a probabilidade de autolesão em relação aos motivos do agente, bem como indicadores de especial relevância, como juventude, incapacidade física, peculiaridades profissionais, comportamentos anteriores do delinquente em situações similares que possam ter relação – relevante para a compreensão do dolo – com a situação atual, indícios de vínculos afetivos entre delinquente e vítima, etc.’” (CABRAL. *Dolo e linguagem*, p. 107).

⁹⁹BUSATO. *Op. Cit.*, p. 71.

Percebe-se, assim, que o dolo decorre de uma decisão em que o resultado é levado a sério pelo agente, sendo essa valoração realizada por critérios normativos, ressaltando que essa decisão não precisa, necessariamente, decorrer de ato de vontade reflexiva, pensado.

Para visualizar a decisão do agente em realizar o resultado típico, ou ao menos aceitar sua realização, ROXIN utiliza fórmulas, indicadores e contraindicadores.

Nesta questão, pertinente colacionar a explicação de CABRAL, que aduz o seguinte:

Nesse sentido, deve-se levar em conta, por exemplo, o reconhecimento, por parte do autor, do perigo de sua própria conduta, a possibilidade da vítima escapar do risco por seus próprios meios, e a ausência de motivo que indique que o autor levou a sério o risco da concretização do resultado.

Portanto, a avaliação sobre a existência de um plano do autor deve levar em conta a aparência geral de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do fato, pois não é possível limitar a análise a indicadores isolados, devendo-se valorar todas as circunstâncias concretas do caso. [...]

Percebe-se, portanto, que ROXIN é partidário do normativismo volitivo, vez que propõe métodos normativos para avaliar o dolo e defender a proposta de que o dolo deve ser composto por elementos cognitivos e volitivos.

Em suma, o que propõe são duas coisas: (i) identificar o dolo com um plano do agente; (ii) empregar um método para avaliar a existência ou não desse plano.¹⁰⁰

Ademais, cabe frisar que o ponto fundamental da teoria de ROXIN sobre o dolo é que o dolo não é tido como um fato psicológico, que está na mente do agente, mas sim é obtido por meio de um juízo valorativo do juiz.¹⁰¹

A teoria de ROXIN recebe críticas justamente por conta da necessidade de um plano, de uma estratégia, pois existem crimes e também atos ímprobos que são praticados de forma impulsiva e, mesmo assim, não se tem dúvidas da intenção do agente.

Passa-se a análise das correntes normativo-cognitivas.

b) DOLO NORMATIVO-COGNITIVO:

As teorias normativo-cognitivas, conforme já exposto, realizam a ruptura da visão psicológica do dolo – abandonando por completo o elemento volitivo –, sustentam que o único elemento que compõe o dolo é o cognitivo. Com base nesta linha de raciocínio, vários doutrinadores desenvolveram suas teses, conforme se vislumbra abaixo.

SCHMIDHÄUSER assevera que para diferenciar o dolo da imprudência, deve-se utilizar os antônimos conhecimento e desconhecimento das circunstâncias fáticas.

CABRAL expõe que:

¹⁰⁰ CABRAL. Dolo e linguagem, p. 110-111.

¹⁰¹ ROXIN, Claus: “*Der Vorsatz bildet sich nicht im kopf des Täters, sondern im kpf des Richters*” “O dolo não está na cabeça do autor, mas sim na cabeça do juiz”. Frase constante no início da obra de Márcio Schlee Gomes. Dolo cognição e risco, p. 07.

Desse modo, segundo o autor, é possível afirmar a presença do dolo quando existe: (i) um conhecimento atual e seguro sobre os fatos presentes e futuros ou (ii) um conhecimento inseguro sobre os fatos, mas com a possibilidade concreta de que a lesão ao bem jurídico ocorra (dolo eventual).¹⁰²

SCHMIDHÄUSER trabalha, basicamente, com a condição do conhecimento para a configuração do dolo: se o conhecimento está presente, ainda que seja um conhecimento inseguro, o dolo deve ser reconhecido. A intenção, segundo o autor, deixa de ser elemento componente do dolo e passa a pertencer ou ao ilícito ou à culpabilidade.

SCHMIDHÄUSER, segundo CABRAL, defende que o que deve ser considerado para a configuração do dolo é o nível de conhecimento, seja ele concreto ou potencial, do agente no momento que pratica a ação ou omissão, isto é: “(a) um conhecimento atual e seguro dos fatos presente e futuros; ou (b) um conhecimento inseguro dos fatos, porém com a possibilidade concreta de que a lesão ao bem jurídico se realize.”¹⁰³

Esta teoria se aproxima da teoria da possibilidade defendida por VON LISZT, replicando, assim as críticas já colacionadas, com destaque à possibilidade de incriminar condutas do cotidiano, como eventuais perigos ao dirigir veículos automotores.

HERZBERG, também adepto da corrente normativo-cognitiva, defende que o aspecto cognitivo é suficiente para caracterizar o dolo, sendo esse aspecto concretizado por meio da representação de um risco qualificado.

Esclarecendo a visão do autor, CABRAL escreve que:

Portanto, HERZBERG sustenta que a identificação do dolo deve obedecer, também, a critérios qualitativos – e não somente a quantitativos, como na teoria da probabilidade – estabelecidos de acordo com as três distintas formas de perigo que define: (i) perigo coberto por meio de atenção humana; (ii) perigo descoberto e (iii) perigo descoberto, mas remoto.¹⁰⁴

A perspectiva adotada é a cognitiva objetiva, sendo o dolo e a imprudência distinguidos por meio de um critério qualitativo direcionado do tipo objetivo. Por essa corrente, não há que se falar em dolo quando o perigo estiver coberto ou protegido, ou seja, sempre que

¹⁰² CABRAL. Dolo e linguagem, p. 115.

¹⁰³ CABRAL. O elemento volitivo do dolo, p. 123. Nesta mesma linha e para uma melhor visualização, pertinente colacionar que “Um buen ejemplo para analizar estas afirmaciones es el caso de la ‘conducción vertiginosa’ (rasanter Autofahrer) que el mismo Schmidhäuser plantea. E supuesto lo protagoniza un conductor que llegado tarde a una fiesta, conduce a altas velocidades por una estrecha carretera de curvas invadiendo em determinados momentos el carril contrario sin disponer de visibilidad alguna e impactando finalmente com outro vehículo, cuyo conductor falece. Según Schmidhäuser en este caso no puede afirmarse el dolo: lo que quiere el protagonista del ejemplo es llegar a la fiesta, ‘no quedarse em el camino a causa de um accidente; prefiere, por tanto, lhagar um poco tarde a no llegar em absoluto, por lo que no conduciría tan aprisa si no partiera de que el infortunio, ahora, aqui y de la manera em que conduce, no va a acaecer’. Dado que el conductor no pensó em la concreta posibilidad (‘ahora, aqui y de esta manera’) de causar una muerte, sólo puede ser condenado por um homicidio imprudente.” (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El dolo y su prueba em el proceso penal. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 1999, p. 92).

¹⁰⁴ CABRAL. Dolo e linguagem, p. 117.

o agente, o sujeito posto em perigo ou um terceiro, puder evitar a produção do resultado prestando atenção. Ao revés, o perigo estará descoberto e haverá imputação quando apenas fatores involuntários (extrajurídicos, portanto) forem hábeis a evitar a realização do tipo.¹⁰⁵

A presente tese se aproxima da teoria da probabilidade e, por isso, as críticas lançadas se replicam, em especial a dificuldade de delimitar os graus de probabilidade que distingue casos dolosos de casos culposos, gerando grande insegurança em sua aplicação.

FRISCH também sustenta que o dolo deve ser composto apenas pelo elemento cognitivo, defendendo, contudo, que o dolo deve objetivar o conhecimento do comportamento, não o elemento do tipo subjetivo, como sustenta a tradicional doutrina.

Para FRISCH, o “*objeto do dolo não pode ser composto pelos elementos objetivos do tipo*”, justificando que “*antes da ação, o agente não tem condições de saber o resultado típico. Assim, o dolo para Frisch deve ser caracterizado somente pela ação ou omissão típica, acrescentada do conhecimento sobre o risco não permitido.*”¹⁰⁶

O dolo, nesta percepção, é a decisão do agente em praticar determinada conduta ou se omitir de praticá-las, sabendo que assim atinge determinado bem jurídico protegido.

GOMES, explicando os ensinamentos de FRISCH, escreve que:

Frisch trabalha com uma concepção cognitiva de dolo, rebatendo a teoria da vontade, completamente, trazendo para sua análise a ideia de representação do risco. Na sua tese, defende a completa normatização do elemento volitivo do dolo, assumindo o papel fundamental a representação do agente, que pratica a conduta arriscada, indo a atingir o resultado.

Se o agente tem o conhecimento do risco que sua conduta representa – e isso é resultado de uma máxima de experiência pela qual qualquer pessoa normal naquela circunstância teria noção – e age, deve ser punido a título de dolo, pois diferentemente da culpa, não estaria presente o conhecimento. E o risco deveria ter sido levado a sério, não representando isso uma questão de vontade relativa ao resultado, mas, sim ao próprio perigo concreto que a conduta possui.¹⁰⁷

Para FRISCH, o elemento cognitivo possui um sentido anímico, presente na consciência do agente, porém sustenta que essa relação interna e externa se materializa pelo

¹⁰⁵ CABRAL explica que: “O perigo coberto por meio da atenção humana ocorre quando o agente ou terceiros tenham condições de evitar, de forma altamente eficiente, a realização do resultado lesivo, com precaução ou prestando atenção. Nesse grupo de casos, a imputação deverá ser, segundo HERZBERG, no máximo, por imprudência. O perigo descoberto ocorre quando, durante ou depois da ação, a concretização do tipo objetivo depende apenas – ou em grande medida – da sorte ou casualidade, não podendo ser evitado pela ação humana. É dizer com a ação do agente coloca-se em marcha um perigo, cuja não realização já não pode mais ser assegurada pelo agente, uma vez que tal concretização depende apenas da sorte. Nos casos de perigo descoberto, a responsabilidade é atribuída a título de dolo. Já o perigo descoberto, mas remoto, tem o mesmo conceito do perigo descoberto. No entanto, aplica-se ao grupo de casos em que o risco da concretização do tipo objetivo seja bastante baixo ou insignificante. Nesses casos, a responsabilidade do autor é atribuída a título de imprudência, uma vez que, dada sua baixa probabilidade, não seria necessária a existência de cobertura protetora eficiente, por parte do autor.” (CABRAL. Dolo e linguagem, p. 117).

¹⁰⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. 2014. P. 121

¹⁰⁷ GOMES, Márcio Schlee. Dolo cognição e risco, p. 62.

comportamento (ação ou omissão) típico, frise-se, acrescido de um conhecimento sobre o risco não permitido.

CABRAL resume a tese de FRISCH nos seguintes dizeres:

Em suma, é possível dizer que a teoria de FRISCH promove duas ideias básicas: (i) o dolo é constituído somente pelo elemento cognitivo e (ii) seu objetivo não é mais composto pelas circunstâncias do tipo objetivo, mas por um comportamento típico, que é composto (a) pela ação ou omissão típica, mais (b) o conhecimento do risco não permitido, que representa uma efetiva decisão contra o bem jurídico.¹⁰⁸

A crítica existente à teoria de FRISCH é com relação a inviabilidade de comprovar se o agente levou ou não o perigo a sério, questão fundamental para definir o que é dolo e o que é culpa (imprudência).

PUPPE, por sua vez, defende que o dolo deve ser definido segundo o conhecimento de um perigo qualificado, o qual é determinado pelo direito e não pelo agente. Para a autora o primordial é a interpretação social do comportamento praticado pelo agente, deixando de lado as infecundas análises sobre o conteúdo mental do agente.¹⁰⁹

A autora critica a teoria da vontade principalmente por conta da ambiguidade dos conceitos empregados para desvendar o termo “vontade” que seria capaz de caracterizar o dolo. Sustenta que a linguagem cotidiana, muitas vezes, é deixada de lado na tentativa de justificar o “querer” do agente.

GOMES esclarece que:

Nesse ponto, Puppe deixa claro que nesse jogo de palavras, a teoria do consentimento, no campo do dolo eventual ou dolo direto de segundo grau, trabalha com a ideia final de algo desejado ou pela indiferença quanto ao resultado – tudo a justificar uma ideia de vontade e, por conseguinte, de dolo. Entretanto, não há como se esperar outra análise que não a normativa para essa definição, pois no sentido meramente psicológico do dolo, “se a aprovação fosse compreendida em tal sentido literal, apenas os criminosos por convicção agiriam dolosamente”.¹¹⁰

Pela construção de PUPPE a classificação de dolo em direto de primeiro grau, de segundo grau e eventual não possui repercussão prática ou teórica, já que “o critério diferenciador para a caracterização do dolo é somente a existência de um método genericamente idôneo para provocar o resultado...”¹¹¹

De arremate, CABRAL resume a tese de PUPPE nos seguintes dizeres:

Portanto, é possível dizer que a tese de PUPPE leva em conta os seguintes critérios para o exame do dolo: (i) a dimensão do perigo, avaliada objetivamente pelo Direito, que demonstra se a ação constitui um método idôneo para a realização do tipo objetivo, segundo uma estratégia racional; (ii) o conhecimento desse perigo, que pode ser um perigo de dolo ou um perigo de imprudência, de acordo com sua aparência (*Anschaulichkeit der Gefahr*).¹¹²

¹⁰⁸ CABRAL. Dolo e linguagem, p. 120.

¹⁰⁹ CABRAL. *Ibidem*, p. 121.

¹¹⁰ GOMES. Dolo cognição e risco, p. 61.

¹¹¹ CABRAL. Dolo e linguagem, p. 122.

¹¹² *Ibid.*, p. 122.

Outro adepto da corrente normativo-cognitiva é JAKOBS. O autor alemão entende que o dolo para sua configuração prescinde do elemento volitivo, defendendo que o dolo é caracterizado pelo conhecimento da ação e suas consequências.

JAKOBS aduz que “*a distinção entre dolo e imprudência se fundamenta, não da disjuntiva conhecimento/desconhecimento da realização do tipo objetivo, mas sim na irrelevância para a decisão de uma realização típica, ao menos reconhecível, versus o erro sobre ela.*”¹¹³

Dolo teria relação com a indiferença do agente para com o resultado, a culpa – imprudência – relaciona-se com o erro do agente.

Concluindo, GREGO explica que:

Essa pergunta nos leva ao problema da chamada *cegueira diante dos fatos*. Jakobs, partindo de um funcionalismo que se declara radicalmente normativista, considera metodologicamente suspeito derivar quaisquer consequências jurídicas de meros fatos naturalísticos, em especial de dados psicológicos. Ele propõe uma revisão normativista do conceito de dolo, de maneira que o decisivo para o dolo passa a ser não o que ocorre na cabeça de quem pratica certo comportamento, e sim o sentido social que esse comportamento expressa. O dolo é expressão de desafio ou, pelo menos, de indiferença à vigência da norma, é expressão de que o autor não reconhece a norma como um padrão de comportamento a que está vinculado. Um tal sentido pode ser expressado não apenas por comportamentos praticados com conhecimento em sentido psicológico, mas também por comportamentos em que falte esse conhecimento, se essa falta decorrer da indiferença do autor. Estes casos de desconhecimento por indiferença, em que o comportamento do autor tem a mesma carga expressiva e, por isso, merece o mesmo reproche que o comportamento de alguém que sabe o que sabe, são batizados por Jakobs de “cegueira diante dos fatos” (Tatsachenblindheit).¹¹⁴

A crítica a essa posição repete a realizada contra ENGISCH, que adota a teoria da indiferença. Os contrários sustentam que a indiferença não pode ser tida como critério suficiente e adequado para definir o dolo.

Estas são as principais teses normativo-cognitivas¹¹⁵.

¹¹³ CABRAL. Dolo e linguagem, p. 124.

¹¹⁴ GRECO, Luis. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva, et. Al. Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração ao 70 Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, p.889-890.

¹¹⁵ DÍAZ PITA faz interessante crítica às teorias normativas, em especial à tese defendida por FEIJOO SÁNCHEZ, a saber: “Se consideramos que tudo isso responde a parâmetros racionais [...] a atribuição de responsabilidade deve se basear, do mesmo modo, em parâmetros racionais. Para tal atribuição, os instrumentos que manejamos são títulos, suportes, que ajuízam na direção correta a responsabilidade do sujeito, permitindo refletir no mundo dos valores o que ocorreu no mundo real. Quando este ‘mundo real’ se encontra por trás de mente do sujeito, recorreremos aos conceitos subjetivos. O fato de que estes conceitos dispositivos, ou seja, que refletem uma tendência interna do sujeito, resultem difíceis de determinar desde uma perspectiva empírica é o que nos leva a optar um uma perspectiva normativa. Porém, esta opção não pode implicar uma renúncia à racionalidade como, em minha opinião, supõe a recusa de parte dessa realidade em nome de uma ‘normativização’ incorretamente interpretada. Esta interpretação, a meu juízo, incorreta, da perspectiva normativa tem também seu reflexo no aspecto processual do conceito de que se trate. Como indicávamos ao resumir as linhas gerais da perspectiva normativa, esta tem em conta não só o aspecto material do conceito, mas também sua repercussão no âmbito processual, de forma que se anuncia o descobrimento da verdade forense como objetivo do processo e, ao mesmo tempo, como expressão do respeito aos direitos fundamentais dos partícipes no processo. Pois bem, Feijoo afirma que a repercussão do elemento volitivo no âmbito processual é nula, posto que só o que se deve provar é a

Confrontando essas teorias normativo-cognitivas, que afastam o elemento volitivo da composição do dolo, com o disposto na LIA que define dolo no art. 1º, §2º, como a “*vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito*” pode-se concluir que são incompatíveis. O legislador no texto legal deixa evidente o desejo da presença do elemento volitivo na composição do dolo em sede de improbidade administrativa.

c) DOLO NORMATIVO NO BRASIL:

No Brasil, a corrente majoritária na doutrina criminal é a que adota a concepção do dolo psicológico, ou seja, a que defende como elementos caracterizadores do dolo os elementos cognitivo (intelectual) e volitivo (vontade), por uma perspectiva interna, mental do sujeito.

Porém, seguindo a moderna teoria penal sobre o dolo, destacados autores nacionais, de forma competente, aderiram à corrente normativa e escreveram interessantes trabalhos sobre essa nova visão de dolo, como Luis Greco, Eduardo Viana e Marcio Scheel Gomes, dentre outros.

GRECO em seu texto “Dolo sem vontade”, aborda dois aspectos teóricos, a saber: a vontade em sentido psicológico descritivo e a vontade em sentido atributivo-normativo. No primeiro, a “*vontade representa a intenção do agente por seu conteúdo empírico e pessoal*”; no segundo, “*parte-se do raciocínio inverso, de fora para dentro, que a partir da conduta gera por uma lógica indutiva um conceito sobre aquele comportamento que sugere uma definição de que o agente é responsável pela conduta.*”¹¹⁶

Para GRECO o dolo independe da vontade para existir, ou seja, a vontade é irrelevante para a configuração do dolo, pois este é caracterizado pelo conhecimento e “*o conhecimento é*

existência do conhecimento. Esta afirmação constitui uma prova a mais de que a perspectiva normativa supostamente adotada por este autor se afasta dos pressupostos da mesma. Com efeito, a perspectiva normativa exigiria, no caso do elemento volitivo, a atividade probatória sobre este elemento normativo, da mesma maneira que se deve provar o conhecimento. Assim, a decisão contrária ao bem jurídico ficaria provada através da constatação dos indicadores externos que a refletem, da mesma maneira que se opera com a apreensão correta da situação típica. A perspectiva normativa não supõe, como pretende Feijoo, a eliminação de determinados elementos que se dão na realidade e cuja existência determina algo tão importante como é a imposição de uma sanção de maior gravidade. Esta eliminação acelera e facilita, evidentemente, a atividade probatória e por fim a imputação a título de dolo de um determinado resultado a um determinado sujeito. Mas se a averiguação da verdade forense deve expressar o respeito com os direitos fundamentais dos partícipes no processo, resultaria difícil explicar por que a resposta penal de duas situações que produzem um mesmo resultado e cuja vase para imputação é constituída pelo mesmo elemento, ou seja, o conhecimento, é radicalmente distinta.” (DÍAZ PITA, María Del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. *In: Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-17).

¹¹⁶ GOMES. Dolo cognição e risco, p. 63.

*o fator subjetivo fundamental para que se possa considerar que o autor agiu com domínio ou controle sobre aquilo que estava em vias de realizar”.*¹¹⁷

Ademais, importante consignar que ao retirar o elemento volitivo do dolo, via de consequência, deixa de existir a classificação de dolo em direto de primeiro e de segundo grau e dolo eventual. O dolo, segundo essa teoria, passa a ser único, pois a vontade do agente é irrelevante para caracterizar o dolo.

Percebe-se, assim, que GRECO posiciona-se como adepto da teoria da probabilidade (não cabendo repetir, neste momento, o já abordado anteriormente).

EDUARDO VIANA ao estudar as teorias do dolo decidiu por se alinhar à posição que defende certa *“transição para dolo sem vontade”*¹¹⁸

Segundo VIANA, a visão psicológica deve ser superada, pois *“a questão fundamental não é averiguar se algum estado psicológico anima a conduta do indivíduo, senão estabelecer os critérios a partir dos quais é possível afirmar se houve, ou não, dolo.”*¹¹⁹

VIANA sustenta que a análise do dolo não deve ter como foco a postura volitiva do indivíduo, mas sim deve observar a sua representação dos fatos e das normas jurídicas, ou seja, o dolo não seria a vontade, mas, sim, o conhecimento. Em suas palavras:

[...] A essencial diferença entre dolo e culpa, portanto, equivale fundamentalmente à distinção entre o conhecimento e o desconhecimento do perigo com qualidade dolosa. O dolo, portanto, é um conceito jurídico que deve ser ajustado à moldura normativa a partir dessa premissa de *ratio* punitiva. Isso significa que não é conduta humana que se subsume ao molde normativo pelo indivíduo, ela é subsumida. Dito de outro modo: o dolo é o resultado da valoração de um complexo fático que deve ser levado a cabo pelo terceiro racional (magistrado). Do ponto de vista teórico, a imputação dolosa submete-se à verificação do grau de racionalidade da imputação. Dito grau de racionalidade é identificado pela plausibilidade do perigo doloso.¹²⁰

Assim, dolo é o conhecimento de que a conduta executada gera perigo cujo resultado possui grande plausibilidade de ocorrência. Portanto, o dolo não está na cabeça do agente, não é psicológico, e sim cognitivo.

MÁRCIO SCHLEE GOMES também entende que o direito penal deve superar a visão psicológica do dolo, pois aduz como inadmissível deixar para o sujeito definir se agiu ou não de forma dolosa. Para ele, o dolo se visualiza por meio de um *“juízo de valor que recai sobre a conduta, independentemente do que o agente diz sobre sua ‘intenção’ ou não”*¹²¹.

¹¹⁷ GRECO. Dolo sem vontade, p. 891.

¹¹⁸ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

¹¹⁹ ¹¹⁹ VIANA, Eduardo. *Ibidem*, p. 251.

¹²⁰ VIANA. Dolo como compromisso cognitivo, p. 366-367.

¹²¹ GOMES. Dolo cognição e risco, p. 68.

GOMES explica, também, que o conteúdo interno, psicológico, do agente é irrelevante para a configuração do dolo; o fator que deve ser levado em consideração é o externado pelo agente por suas condutas. Relata que “*dolo é representação e uma conduta de intenso risco em direção ao resultado*”¹²².

Seguindo essa linha intelectual, GOMES sustenta que a divisão entre dolo direto de primeiro, de segundo grau e dolo eventual, não possui razão para existir, pois a análise que deve ser feita é se há ou se não há dolo.

Destarte, necessário deixar claro que os autores brasileiros citados acima não são os únicos a adotarem a visão mais moderna do dolo, ou seja, criticar a concepção psicológica do dolo e anuir às teorias normativas, mas foram colacionados para demonstrar que o Brasil também está debatendo o tema, da mesma forma que ocorre internacionalmente.

2.3 – TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO:

A teoria significativa da ação, desenvolvida por VIVES ANTÓN, vem ganhando adeptos mundo afora, inclusive no Brasil, como Paulo César Busato e Rodrigo Leite Ferreira Cabral, por exemplo.

VIVES ANTÓN utilizou ensinamentos de WITTGENSTEIN (filosofia da linguagem) e de HABERMAS (teoria da ação comunicativa) para formular seu conceito significativo de ação.¹²³

VIVES ANTÓN, após percorrer os estudos da filosofia da ação, concluiu que a visão ontológica da ação está ultrapassada. Segundo ele, a análise a ser realizada não deve pautar-se em parâmetros psicofísicos.¹²⁴ Para o autor, a ação deve ser entendida como o significado do

¹²² *Ibidem*, p. 116.

¹²³ BITENCOURT, comentando a teoria significativa da ação, escreveu que: “Essa concepção tem a pretensão de traçar uma nova perspectiva dos conceitos e significados básicos do Direito Penal. Essa proposta de sistema penal repousa nos princípios do liberalismo político e tem como pilares dois conceitos essenciais: ação e norma, unidos em sua construção pela ideia fundamental de “liberdade de ação”. O conceito significativo de ação, na ótica de seus ardorosos defensores como Vives Antón, Zugaldía Espinar e Paulo César Busato, identifica-se melhor com um moderno Direito Penal, respondendo aos anseios de uma nova dogmática e respeitando os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Reconhecem, no entanto, que sua perspectiva metodológica não se encontra plenamente desenvolvida, embora — sustentam — suas propostas político-criminais sejam sensíveis à crítica do próprio Sistema e prometam bases bastante seguras e mais adequadas a uma interpretação humanista do direito penal garantista. Na verdade, parece-nos que está surgindo uma nova e promissora teoria da ação que, certamente, revolucionará toda a teoria geral do delito, a exemplo do que ocorreu, a seu tempo, com o finalismo de Welze” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1. Parte Geral. 17 edição. São Paulo: Saraiva, p. 328, 2012.)

¹²⁴ VIVES ANTÓN explica que: “De modo que, desde a ideia do saber como processo interno, toda a indução cai por sua base; e se a teor de tal ideia os demais só podem provar o saber por indução e a indução deriva logicamente inviável, então não há maneira alguma de provar o dolo. Dessa impossibilidade nasce uma série de confusões

fazer, do agir das pessoas, deixando claro que ações são diferentes de meros acontecimentos, uma vez que possuem um sentido e, decifrar esse sentido é o caminho a ser desenvolvido pela doutrina. Em suas palavras:

[...] o tema do dolo é um dos temas cuja importância precisa ser novamente situada antes de se passar a estudá-lo. Já está longe o tempo em que as perguntas sobre o dolo (sobre se o dolo era o *dolo natural* – sic – ou *dolo malus*, sobre se pertencia à ação típica ou a culpabilidade, ou sobre se era ou não um elemento necessário do tipo de injusto) ocupavam o centro da discussão no Direito Penal. Para dizê-lo de outro modo, não se falava de outra coisa: isso era o importante e, exercitando aí a opção correta, mostrava qualquer um se era ou não um bom penalista, coisa a que se deveria dar por sentada sempre que se deixasse levar pelos ventos do norte.¹²⁵

A utilização da filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN é fundamental na tese de VIVES ANTÓN, servindo de base para seu desenvolvimento. Tal filosofia sustenta que “o significado de uma palavra é o uso na linguagem¹²⁶”, ou seja, “o uso determina geralmente o significado; mas nem sempre”.¹²⁷

Ademais, parte-se da premissa de que não há um conceito universal da ação, haja vista que inexistem critérios matemáticos que possibilitam concluir pela configuração do dolo. Na verdade, as ações existem porque as regras/normas existem; melhor explicando, as normas definem as condutas que são reprovadas socialmente.

Para VIVES ANTÓN, o sistema de imputação pode ser dividido em dois pilares: “a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação.”¹²⁸

O foco da dogmática penal moderna (no caso, os adeptos da teoria da ação significativa) é verificar se a ação foi realizada nos termos previstos na lei, ou seja, verificar se a conduta examinada, se o agir do agente, está previsto na lei penal.

O dolo, por essa corrente, é entendido como o “*compromisso do agente com o significado de seu atuar*”¹²⁹. Esse significado tem por parâmetro as regras sociais tidas como importantes pelo Direito Penal. Em outras palavras:

doutrinárias e jurisprudenciais que não pretendo criticar agora.” (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: Dolo e direito penal: modernas tendências. Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, p. 102, 2014).

¹²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: Dolo e direito penal: modernas tendências. Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, p. 87, 2014.

¹²⁶ Wittgenstein *apud* Vives Antón, op. Cit., p. 95.

¹²⁷ VIVES ANTÓN. *Op. Cit.*, p. 95.

Importante explicar que: “De modo que as ideias de Wittgenstein, vistas em seu conjunto, pressupõem que existem usos inadequados da linguagem, usos impróprios nos quais o significado se perde e, portanto, ocasiões nas quais se rompe a identidade genérica entre uso e significado. A tarefa da filosofia, concebida como terapia, é, precisamente, a de identificar esses casos patológicos e liberar a linguagem de suas muitas enfermidades, deixando em condições de cumprir adequadamente sua função significativa” (VIVES ANTÓN. Reexame do dolo, p. 95).

¹²⁸ BUSADO. *Op. Cit.*, p. 74.

¹²⁹ CARBONELL MATTEU *apud* BUSATO. Dolo e significado, p. 76.

A verificação do dolo, para Vives, depende de se a ação realizada põe ou não de manifesto um compromisso de atuar do autor. Para isso, Vives entende que é necessário por em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessam ao Direito Penal em relação às competências do autor, ou seja, às técnicas que o autor domina. Assim, em um procedimento puramente axiológico e não através do intento de buscar inacessíveis dados psicológicos, ‘podemos determinar o que o autor sabia’. Em resumo

“só podemos analisar manifestações externas; mas, através destas manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressadas na ação”.¹³⁰

Cabe ressaltar que na teoria de VIVES ANTÓN, dolo significativo, o elemento volitivo está presente no dolo. O autor aduz que: “*dolo como compromisso supõe a necessidade de conhecimento, de saber, mas também um grau de vontade: a intenção que podem entender-se como um querer, não naturalístico, mas normativo.*”¹³¹.

Percebe-se que esta vontade, apresentada por VIVES ANTÓN, é tida como o entendimento da ação por meio da linguagem social, além de uma lógica comum, ordinária de atribuição de significado.

Portanto, trabalhando os ensinamentos de LUDWIG WITTGENSTEIN (mais precisamente a segunda fase do filósofo), VIVES ANTÓN aduz que, ao estabelecer a filosofia da linguagem como base de sua teoria, o sentido da palavra é reestabelecido ao seu sentido original, esclarecendo ainda que:

A linguagem constitui um sistema e só dentro desse sistema é possível ter sentido as orações em particular; mas, ainda que não caiba definir o sistema como uma estrutura rígida, tem certas exigências inafastáveis. utilizando as imagens de Wittgenstein às quais alude Joachim Schulte, existe um leito rochoso, umas margens e uma corrente que flui. Ao leito rochoso da linguagem pertencem aquelas orações sem cuja pressuposição o jogo de linguagem desmoronaria. Nesse leito cabe enquadrar não só as orações lógicas, mas também algumas que tendo a forma de proposições empíricas, desempenham uma função gramatical de modo que nem cabe duvidar delas, nem afirmar que o que dizem, se sabe. O célebre exemplo de Moore com sua afirmação de que “sei que tenho duas mãos” ou seu paradoxo (v.g. “há fogo no quarto ao lado; mas eu não creio”) mostra, como demonstra Wittgenstein ao longo de *Sobre a certeza*, os limites gramaticais das expressões de saber e de dúvida, nos quais aqui, mais além do dito,

¹³⁰ BUSATO. *Op. Cit.*, p. 76.

¹³¹ BUSATO. *Op. Cit.*, p. 77.

Nesse tema, Carlos Martínez-Buján Pérez explica que: “[...] se bem é certo que a concepção do dolo como *compromisso* aqui acolhida pressupõe manter a necessidade do conhecimento (de *saber*) despojado de toda conotação psicológica, isso não implica que vá ser exclusivamente o conhecimento o que fundamenta a imputação a título de dolo (como pretendem as teorias puramente cognitivas), posto que o dado de que o autor sabia ou não sabia algo é meramente uma questão de determinação fáctica. Daí que deve repisar-se que a afirmação da imputação dolosa implica também certo grau de *vontade* (a intenção), com a particularidade, porém, de que se trata de um *querer* normativo (e não naturalístico), que supõe um compromisso com o significado e, por fim, uma decisão de realizar algo ou, se for o caso, uma decisão de omitir uma conduta apesar do que se conhece.” (PÉREZ, O conceito significativo de dolo: um conceito volitivo normativo, p. 29-30). E conclui: “[...] o elemento cognitivo proporciona a bagagem intelectual, prévia e imprescindível, com que conta o sujeito e lhe proporciona os dados necessários para a adoção de uma determinada decisão. Porém, ao ser um requisito inescusável, tal elemento não constitui ainda um requisito suficiente para afirmar a presença de um comportamento doloso; para isso deve existir ademais um *compromisso* com a vulnerabilidade do bem jurídico, que nos revela que o sujeito adota uma decisão *especial*, o saber, a decisão de enfrentar à sociedade, porque esta qualificou tal bem como valioso para a convivência ao protegê-lo através de uma norma penal.” (PÉREZ, *op. Cit.*, p. 31).

não cabe aprofundar. Assim se marca o leito rochoso sobre o qual o jogo de linguagem discorre, ao qual se sobrepõem umas margens arenosas cuja delimitação com a corrente de proposições puramente empíricas e que, portanto, cabe saber ou colocar em dúvida, não é taxativa.

Em terceiro lugar, quanto a esta *corrente*, cabe dizer que há uma série de critérios institucionalizadas com os quais se determina a correção ou incorreção das proposições que a conformam. Sem esses critérios, que não cabe conceituar, mas que apenas podem ser conhecidos analisando a prática científica ou outras práticas científicas ou outras práticas sociais, nem linguagem nem o pensamento seriam possíveis.¹³²

O saber, segundo VIVES ANTÓN, deixa de possuir contornos internos e é compreendido como sendo a competência, a aprendizagem, o treinamento, o domínio de uma técnica, entre outros, ou seja, é “*um conjunto de circunstâncias espertamente comprováveis*”¹³³.

Nesse mesmo sentido, PÉREZ esclarece que:

Ainda assim, é necessário ter presente que, como corolário da concepção contextual da mente traçada por Wittgenstein, a relação entre intenção e ação é uma relação *interna*, dado que a intenção alude ao sentido da ação, e, portanto, ambas formam um todo: a *intenção se expressa na ação*. Por conseguinte, a conexão intencional, longe de produzir-se no *interior* (na mente), se estabelece no meio público, pois unicamente cobra sentido no contexto público, através de *regras sociais*. Em suma, a intenção se acha referida a regras, técnicas e práticas, e pressupõe, portanto, uma competência.

Sendo assim, ao contrário do que ocorre com o *desejo* e inclusive com o *propósito*, não se pode atribuir uma intenção a um sujeito se não media o *compromisso* de levar a cabo a ação correspondente. Dito de outro modo, para determinar se uma ação foi intencional é necessário atender não a inverificáveis processos mentais que residem no fundo da alma, a desejos e propósitos, mas – conforme parâmetros *normativos* – ao dado de se na ação realizada se põe ou não de manifesto um compromisso de atuar por parte do autor.¹³⁴

Prossegue PÉREZ:

Frente à concepção tradicionalmente dominante, para Vives da base de que o dolo só pode concorrer se na ação realizada se põe de manifesto um *compromisso* de atuar do autor, compromisso que não pode fundamentar-se naturalisticamente em um processo psicológico, mas desde um *normativo*. E neste sentido, para determinar se existiu esse compromisso do executar uma determinada figura delitiva é preciso examinar, antes de tudo, dois parâmetros: em primeiro lugar, fixar as regras (códigos externos), sociais e jurídicas, que definam ação como uma ação típica e, em seguida, por em relação tais regras com a bagagem de conhecimentos ou a competência do autor (ou seja, as técnicas que este dominava), de tal modo que, desde o ponto de vista externo seja possível afirmar que é o que o autor *sabia*. Assim as coisas, o que o autor *sabe* não será, pois, o que ele representou, o que calculou ou o que previu, já que para conhecer se esses processos ocorreram em sua mente, teríamos de ter um acesso a ela de que não dispomos. Somente podemos analisar as manifestações externas do autor e, isso sim, através delas poderemos averiguar a bagagem de conhecimentos do autor (as técnicas que dominava, o que podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressas na ação.¹³⁵

Destaca-se que a base para apurar a existência do dolo são os elementos externos conforme idealizado por HASSEMER, sendo que “*sua caracterização depende da identificação de um compromisso do autor de atuar contra o bem jurídico*”¹³⁶.

¹³² VIVES ANTÓN. Reexame do dolo, p. 97-98.

¹³³ VIVES ANTÓN. Reexame do dolo, p. 101.

¹³⁴ PÉREZ, Carlos Martínez-Bijan. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. *In: Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, p. 25-26, 2014.

¹³⁵ PÉREZ, Carlos Martínez-Bijan. *Op. Cit.*, p. 27-28.

¹³⁶ BUSATO. *Op. Cit.*, p. 77.

CABRAL traz à baila as principais críticas de WITTGENSTEIN com relação à assertiva de que o pensar é incorpóreo:

As conclusões mais importantes da crítica de Wittgenstein sobre o tema podem ser assim resumidas: (a) não existe um modo geral, metafísico, de descrever todas as formas possíveis de pensar, sendo, portanto, equivocado descrever o pensamento como um processo mental; (b) não é possível separar o pensamento da ação, pois não são coisas distintas, muito menos, separáveis (como defendia Descartes).¹³⁷

Interessante pontuar que, segundo os ensinamentos de WITTGENSTEIN, não é possível trabalhar com supraconceitos, uma vez que os significados das palavras não são revelados sob a perspectiva de adoção da melhor descrição possível sobre determinada situação, mas sim através do seu uso público e intersubjetivo, ou seja, sua utilização como ferramenta.

Em sendo assim, pode-se concluir que, com relação ao dolo, deve-se adotar o mesmo raciocínio. Portanto, não seria possível trazer conceitos fechados de dolo para a análise dos casos concretos, pois o dolo possui conceitos variáveis, se adequando em cada situação prática/concreta, obedecendo cada hora uma gramática específica.

No caso de improbidade deve ser analisado pela gramática dos atos que importam enriquecimento ilícito, pela gramática dos atos que causam prejuízo ao erário e pela gramática dos atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Reprise-se que para visualizar a intenção não se deve olhar para a mente do sujeito, pois, a intenção é tratada como a própria ação ou omissão, dentro de um determinado contexto que acaba por revelar seu significado (o querer deve ser o próprio agir).

Conforme explica CABRAL

A gramática da intenção se manifesta assim por meio de uma ação ou omissão que tem significado intersubjetivamente compartilhado. Portanto, o sujeito tem a intenção e terceiros podem descrever tal intenção a essa ação ou omissão, de acordo com o seu significado público.¹³⁸

BITENCOURT, explica a teoria com os seguintes dizeres:

Por tudo isso, atualmente o conceito de ação (conduta ou comportamento) resume-se na ideia de conduta típica, isto é, não há um conceito geral de ação, mas tantos conceitos de ação como espécies de condutas relevantes (típicas) para o Direito Penal, segundo as diversas características com as que são descritas normativamente. Em outros termos, não se acredita que existam ações como se se tratasse de objetos, e que seu conceito pode ser formulado como uma ideia prévia, superior e comum às normas, capaz de abranger todas as espécies de ações: quer dizer, não existem ações prévias às normas, de modo que se possa dizer que exista a ação de matar, se previamente não existir uma norma que defina matar como conduta relevante para o Direito Penal. Assim, não existe a ação do “xeque-mate” se antes não houver as regras do jogo de xadrez; não existe a ação de impedimento (na linguagem futebolística), sem que antes exista uma norma regulamentar que defina o que é impedimento. Concluindo, primeiro são as

¹³⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e a teoria da ação significativa. *In: Dolo e direito penal: modernas tendências*. Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, p. 134, 2014.

¹³⁸ CABRAL. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e a teoria da ação significativa, p. 140. Na mesma obra, CABRAL esclarece que os critérios utilizados por Wittgenstein que servem para “revelar o sentido das ações ou omissões intencionais: (a) o contexto; (b) as explicações; e (c) as confissões.” (CABRAL. Op cit., p. 141).

normas (regras) que definem o que entendemos socialmente por esta ou aquela ação. A partir daí, segundo essas regras, podemos identificar que matar constitui um homicídio, que subtrair coisa alheia móvel tipifica o crime de furto ou que determinados comportamentos significam ou possuem um sentido jurídico, social e cultural que chamamos crime de homicídio, de corrupção, de prevaricação etc., ou, na linguagem desportiva, atacar o rei inimigo sem deixar-lhe saída é “xeque-mate” ou posicionar-se adiante dos zagueiros adversários, antes do lançamento, é impedimento.¹³⁹

Por fim, destaque-se que pela tese de VIVES ANTÓN inexistente classificação de dolo em de primeiro e segundo graus, tão pouco dolo eventual, na linha das correntes normativas do dolo.

A presente teoria vem se destacando no cenário mundial, ganhando relevância na discussão do dolo, razão pela qual entendemos por evidenciá-la das demais apresentada alhures.

Estas são as principais teorias sobre o dolo selecionadas, no próximo capítulo será estudado o dolo na esfera de improbidade administrativa, utilizando o conhecimento adquirido neste.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1. Parte Geral. 17 edição. São Paulo: Saraiva, p. 329, 2012.

3 – DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APROFUNDAMENTOS:

No primeiro capítulo foi demonstrada a importância do tema dolo no mundo jurídico. Percorremos a forma com que o direito civil trabalha o dolo, seja no direito obrigacional seja na responsabilidade civil (evidenciando que é tratado de forma pouco técnico e, muitas vezes, equiparada com culpa). Após, ingressamos na análise do dolo na esfera penal, observando evolução teórica perpetrada.

Ingressando no estudo do dolo na improbidade administrativa, destacamos o texto legislativo que, com a Lei n. 14.230/2021, conceitua dolo no art. 1º, §2º - “*Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente*”¹⁴⁰.

Nesse ponto, frisamos que a doutrina entende por viável e até mesmo necessário importar o tratamento empregado em outras esferas jurídicas para a análise do dolo na improbidade, e que a alteração legislativa não desnatura essa constatação¹⁴¹. Dessa forma, foram abordadas as semelhanças e as diferenças entre os dolos do direito civil e do direito penal com o dolo na improbidade administrativa, concluindo que este se aproxima do dolo do direito penal em comparado com o do direito civil.

Ressalte-se que essa aproximação do dolo na improbidade administrativa com o dolo do direito penal é defendida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça – STJ (exemplo no REsp. 765.212/AC. REL. Min. Herman Benjamin. DJe 23/06/2010), porém com determinadas particularidades.

Ademais, em razão dessa similitude – que decorre, sobretudo, do caráter sancionatório de ambas as esferas –, determinadas prerrogativas se repetem, com destaque para o exame do elemento subjetivo doloso da improbidade administrativa.

¹⁴⁰ BRASIL. LEI N. 14.230/2021.

¹⁴¹ Nesse sentido temos NEISSER e CABRAL, como exemplos.

CABRAL enfatiza que: “[...] até onde se sabe, o direito administrativo não possui uma gramática própria a ponto de trazer um novo conceito de dolo distinto do penal ou do civil. A fundamentação que nos parece mais adequada, assim, é a apresentada pelo Ministro Mauro Campbell Marques, no seu voto-vencido, que chega à mesma conclusão que aqui se pretende alcançar: a gramática da improbidade administrativa, em tema do dolo, é a do Direito Penal.” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. Revista Justiça e Sistema Criminal, v 9, 2017. p. 252)

Em sentido contrário podemos citar SIMÃO que critica a utilização da ciência criminal para estudar improbidade administrativa. Como exemplo, ele aduz que: “Explicando melhor, a doutrina administrativista buscou socorro na doutrina penal e criou um absurdo jurídico, já que trouxe a classificação da culpa, no tocante à culpabilidade do agente, para o campo da tipicidade. Vale dizer, quando para a tipicidade a culpa é simplesmente ato não intencional, para a culpabilidade a classificação da culpa despreza a intenção e parte da avaliação do descuido do agente frente ao bem jurídico.” (SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa. Teoria e prática. 4 edição. Leme (SP): JH Mizuno, p. 96, 2019.)

Assim, o primeiro capítulo é fundamental para visualizar que o dolo na improbidade administrativa é similar o dolo do direito penal, mas não *ipsis litteris*, devendo, por isso, ser estudado com os nuances pertinentes à matéria de direito administrativo sancionador.

Ao constatar a similitude com o dolo do direito penal, e, consciente da maior profundidade teórica alcançada pela doutrina penalista, no segundo capítulo foram trabalhadas as principais teorias do dolo, momento em que percorremos as teorias psicológicas, depois apresentamos as teorias normativas e, por fim, estudamos a teoria significativa do dolo.

Conhecer essas teorias facilita a compreensão deste terceiro capítulo, que tem por objetivo aprofundar a análise do dolo em sede de improbidade administrativa, em outros termos, o segundo capítulo estabelece a base teórica necessária para a construção do raciocínio técnico sobre o dolo na improbidade, com observância ao disposto na Lei n. 14.230/2021.

Pertinente frisar, ainda, que o tratamento realizado pela doutrina e pelo Poder Judiciário do dolo nas demandas de improbidade administrativa ainda é divergente e impreciso, condição que permite variadas construções jurídicas, ainda mais com a nova previsão legal que, em alguns pontos, diverge da posição então defendida e pacificada no Superior Tribunal de Justiça, como será demonstrado adiante.

Questões como a necessidade da presença da má-fé; os elementos constitutivos do dolo; bem como os caminhos a serem percorridos para garantir o emprego correto do dolo nas ações de improbidade administrativa; pautarão os estudos deste capítulo.

3.1 – DOLO, MÁ-FÉ E IMPROBIDADE:

Seguindo a linha intelectual apresentada, importante neste momento estudar a necessidade da presença/comprovação da má-fé em casos de improbidade administrativa. O enfoque neste momento será a confusão existente entre má-fé e dolo e a imprescindibilidade da má-fé/desonestidade para configurar a improbidade.

Nesse mister, cabe enfatizar que as decisões judiciais divergem quanto à necessidade da má-fé em demandas ímprobadas. A imprecisão técnica existente resulta em insegurança jurídica. O próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ, que deveria dar a última palavra em discussões relacionadas a matéria infraconstitucional, em muitos julgados adota termos abertos, de pouca precisão, ao julgar a conduta dolosa em demandas de improbidade administrativa¹⁴².

¹⁴² Nesse sentido, Neisser expõe que: “[...]jurisprudência e doutrina não conseguiram até o momento estabelecer as bases do que seria a imputação subjetiva na improbidade, havendo especial dúvida no que toca aos deveres de

Não é raro encontrar como fundamento da presença ou não do dolo a presença ou não da má-fé e/ou desonestidade.¹⁴³

Na doutrina administrativista brasileira também existem autores que defendem a necessidade de presença e comprovação da má-fé para a configuração da improbidade administrativa.

SIMÃO explica que:

A desonestidade, no âmbito da Administração Pública, pode ser definida como a conduta que viola a boa-fé administrativa, ou seja, a conduta, assim compreendida uma ação ou omissão, que possa ser classificada como uma ofensa à probidade administrativa no sentido da má-fé. Já a má-fé que capitaneia a desonestidade é aquela conduta produzida com fraude ou dissimulação, impregnada de maldade no trato da coisa pública e, ainda, conscientemente praticada, pois a desonestidade é produto de um ato voluntário ou desejado.¹⁴⁴

Prossegue SIMÃO ao explorar o elemento subjetivo na improbidade administrativa:

As condutas ímprobas são aquelas permeadas de má-fé (do latim *malefatus*). Má-fé, na terminologia jurídica, designa o fato jurídico desencadeado pela maldade, em oposição a boa-fé. Representa a fraude, a corrupção e o dolo, por exemplo. Nesse sentido, quando descrevemos juridicamente que uma pessoa agiu de má-fé, estamos dizendo que ela agiu com fraude ou dolo.

[...]

Não podemos, portanto, confundir improbidade administrativa com erros cometidos no exercício de uma função estatal. A LIA serve para corrigir os desvios éticos e de comportamento do agente, enquanto que os deslizamentos funcionais simples são sancionados pelas normas disciplinares.¹⁴⁵

Tem-se, dessa forma, sugerida a ligação entre os termos/palavras dolo, má-fé e desonestidade, inclusive, muitas vezes empregadas como sinônimos.

Ocorre que, ao examinar o tema por uma perspectiva mais técnica, o dolo somente teria contornos na forma acima defendida caso fosse adotado o conceito de *dolus malus* (composto pela vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida).

Cabe aqui rememorar que no direito civil o dolo ainda possui esse viés, já que acolhe a diferença entre o *dolus malus* e *dolus bonus*. Este é o exagero, a exaltação de determinado produto habitualmente realizados por comerciantes para convencer o consumidor a adquirir seu

conhecimento que agentes públicos e particulares devem ter, bem como quanto ao papel exercido pela má-fé.” (NEISSER, Fernando Gaspar. Dolo e culpa na corrupção política, p. 162.

¹⁴³ Como exemplo colaciona-se o seguinte julgado: “3. Na compreensão de dolo genérico - vontade livre e consciente de praticar o ato -, há de se ressaltar que a Lei de Improbidade Administrativa - LIA não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 4. O entendimento adotado pelo Tribunal a quo não destoia da jurisprudência do STJ, pois foi categórico ao afirmar a ausência da nota qualificadora da má-fé (desonestidade) na conduta dos agentes, o que desconfigura o ato de improbidade a eles imputado, uma vez que não ficou caracterizada a fraude na licitação, mormente em razão da inexistência de comprovação de conluio entre os agentes para direcionar o certame licitatório.” (BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1746240/RS. Rel. Min. Og Fernandes. 2 Turma. DJe 22/06/2021). Outro exemplo temos TJMG, Acórdão nº 1.0486.09.020425-7/001.

¹⁴⁴ SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa. Teoria e prática. 4 edição. Leme (SP): JH Mizuno, 2019, p. 51.

¹⁴⁵ SIMÃO. *Ibidem*, p. 97-98.

produto. O *dolus malus*, por sua vez, seria o dolo que contém a vontade de enganar a outra pessoa¹⁴⁶.

Conforme demonstrado no capítulo 1, o dolo na improbidade possui mais convergência com o do direito penal em comparado com aquele do direito civil. Assim, se mostra inviável a adoção do dolo nos moldes empregados na doutrina civilista. No mais, a concepção de *dolus malus* deixou de fazer parte do direito penal após o período romano¹⁴⁷, em assim sendo, via de consequência, mostra-se atécnica a adoção do *dolus malus* para casos de improbidade administrativa.

O que se tem de forma mais técnica, no nosso sentir, é a diferenciação entre dolo e má-fé, nos moldes desenhados na doutrina penal.

O *dolus malus* não encontra campo para adesão no âmbito da improbidade administrativa, CABRAL inclusive assegura que:

[...] o dolo da improbidade não se confunde com o *dolus malus*, o dolo da improbidade não depende da existência de má-fé do agente público, ou seja, não tem como um dos seus elementos a potencial consciência da ilicitude.

...

De tal maneira, vale repetir, o dolo na improbidade nada tem a ver com má-fé. Assim, o agente público que subtrai dinheiro público para dar às pessoas carentes (ou seja, com boa-fé) comete, sim, ato de improbidade doloso. O agente que viola a licitação para beneficiar empresas locais e assim fomentar o emprego local age, sim, com dolo.¹⁴⁸

OSÓRIO, com o mesmo raciocínio, assevera que:

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 ideia 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.

[...]

Se o agente descumpre abertamente normas legais, pouco importa o interesse perseguido, pode haver uma infração dolosa.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Necessário esclarecer que cresce na doutrina civilista os defensores da extinção dessa classificação. BENETTI pontua que: “*Ceppi* concorda com a ‘progressiva erosão do campo de irrelevância do *dolus bonus*’ e conclui, de modo geral, que manter o contrato pelo fato de a manobra não ser suficiente para enganar uma pessoa que empregasse diligência média significaria premiar o ofensor e contrariar princípios como a lealdade e a solidariedade. Em sentido semelhante, *Vincenzo Roppo* contesta a tradicional área de irrelevância do *dolus bonus* e sustenta importar, na realidade, o fato de a parte, seja qual for o seu grau de diligência, ter sido concretamente influenciada pelo engano. No direito brasileiro, Humberto Theodoro Júnior chama atenção para a ‘decadência do *dolus bonus*’. Conforme o autor, tal figura tende a desaparecer, pois cada vez mais se impõe aos contratantes o dever de lealdade e de observar a boa-fé, devendo prevalecer a transparência na contratação.” (BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 93)

¹⁴⁷ Conforme igualmente visto no Capítulo 1.

¹⁴⁸ CABRAL. *Op. Cit.*, 2017, p. 255-256

¹⁴⁹ OSÓRIO. Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 6 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 387.

Portanto, dolo é diferente de má-fé, ou melhor, a má-fé não é sinônimo de dolo e, também, não faz parte de seus elementos constitutivos (consciência e vontade). O novo texto legal sobre o dolo na improbidade administrativa não afeta essa conclusão.

Outro tema que merece aprofundamento é se a má-fé seria elemento imprescindível para caracterizar a improbidade administrativa ou não.

Nesse ponto, inicia-se a abordagem pela decisão do Superior Tribunal de Justiça no AREsp n. 1634079/SE de relatoria do Min. Francisco Falcão, da segunda turma, que diferenciou o dolo da má-fé e asseverou que:

[...] VI - Assim, para a configuração da prática de ato de improbidade administrativa, bastam (i) a ciência de que o ato praticado é ilegal e (ii) a prática de conduta cujo escopo é frustrar a regra de obrigatoriedade da realização de concurso público. É dizer, não se faz imprescindível a comprovação de que o agente público, por má-fé, agiu com a finalidade especial de contratar proposta financeiramente prejudicial à Administração Pública ou benéfica aos seus interesses privados. É suficiente a finalidade genérica de afrontar a exigência legal da realização de concurso público prévio a qualquer contratação por parte do Poder Público.¹⁵⁰

No julgamento em destaque, ficou decidido ser prescindível a má-fé do agente público para a caracterização e conseqüente condenação em improbidade administrativa. Fundamentou-se que, para configurar improbidade administrativa, basta a ciência de que está praticando um ato ilegal (elemento cognitivo – conhecimento) e praticar a conduta com o fim de confrontar dispositivo legal, no caso, concurso público (elemento volitivo – vontade de praticar o ato).

GARCIA comungava desse entendimento, justificando que tanto a Constituição da República (art. 37, §4) quanto a LIA possibilitam a existência de atos ímprobos que não se enquadrem como atos desonestos, inclusive exemplifica:

[...] Basta pensarmos na conduta de um Prefeito Municipal que, em razão de sua origem humilde, valoriza o trabalho e a família e pouca importância dá ao estudo, o qual, aliás, jamais esteve ao seu alcance. Por ver na educação não mais que uma frívola vaidade, utiliza recursos vinculados, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituído pela Emenda Constitucional no 53/2006 e regulamentado pela Lei no 11.494/2007, para a construção de um monumento à família. A aplicação dos recursos em finalidade diversa da legal impossibilita a aquisição de merenda para as crianças e o pagamento dos docentes, que paralisam suas atividades. Por desconsiderar a prioridade absoluta de que gozam as crianças e os adolescentes (CR/1988, art. 227, *caput*), afrontar a ordem constitucional e infraconstitucional, bem como por realizar um ato nitidamente ineficiente, de pouca importância quando cotejado com o bem jurídico violado, afigura-se evidente a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei no 8.429/1992: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”. Conquanto esteja evidenciada a vontade de descumprir a lei, não há propriamente má-fé ou desonestidade na conduta do agente público, o que em nada ameniza a extrema lesividade de sua conduta.¹⁵¹

¹⁵⁰ BRASIL. STJ. AREsp n. 1634079/SE. Rel. Min. Francisco Falcão, da segunda turma, DJe 08/06/2021.

¹⁵¹ GARCIA, Emerson. Improbidade é sinônimo de desonestidade?. JUS, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, jan./jun. 2012, p. 19.

Em sentido diverso, os defensores da necessidade da má-fé para configuração da improbidade administrativa sustentam que ela seria um tipo de “*condição para a adequada imputação da improbidade administrativa ao sujeito, reportando-se, com equivalente funcional, ao conceito de consciência da antijuridicidade*”.¹⁵²

SIMÃO, inclusive, é enfático ao asseverar que:

... não existe ato ímprobo honesto, emitido de boa-fé ou ainda em proveito do bem comum, e a ilegalidade não é sinônimo de improbidade ou de corrupção, e, ainda, a mera ilegalidade é combatida com outras ferramentas, bem como não está tutelada no §4 do art. 37 da Constituição Federal, nem é objeto de tratamento da Lei n. 8.429/92.¹⁵³

Essa discussão deságua na correta aplicação do dolo genérico nos casos de improbidade administrativa. No STJ, prevaleceu o entendimento de que não é necessário dolo específico (com finalidade específica), bastando a presença do dolo genérico, que seria um elemento subjetivo geral, para configurar dolo em improbidade administrativa.

A adoção do dolo genérico nos casos de improbidade administrativa aproxima-se de uma responsabilização “quase objetiva”, uma vez que, esse dolo, eventualmente, pode ser empregado como a simples consciência que o agente público deve ter de seus deveres funcionais e dos princípios constitucionais afetos ao cargo que ocupa.

Enfatize-se que esta posição jurisprudencial é criticada por parte da doutrina, pois, acarreta a confusão entre intenção (dolo) com a mera voluntariedade, condição que se aproximaria, ressalte-se, de uma responsabilização que beira a objetiva¹⁵⁴, já que bastaria a violação normativa para que o agente público fosse enquadrado em demanda de improbidade administrativa.

Em se considerando a similitude como o direito penal, inviável o flerte com a responsabilização objetiva, inadmissível cogitar a possibilidade de adotar a presunção de dolo, pois neste tipo de demanda (sancionadora), aplica-se o inverso, ou seja, emprego do princípio da presunção de inocência e os seus consectários, no sentido de que cabe ao autor da ação provar o dolo do réu.

Nesse sentido NEISSER expõe que:

[...] A primeira garantia que há de ser haurida do Direito Penal, a informar o conceito de dolo na improbidade administrativa, dialoga com a amplitude do conceito de presunção de inocência. Enquanto é geralmente indiscutível que compete à parte que acusa a prova dos aspectos objetivos atribuídos ao acusado – a ocorrência da conduta, com todas as suas circunstâncias fáticas –, por vezes esquece-se que

¹⁵² NEISSER, Fernando Gaspar. *Op. Cit.*, p. 270.

¹⁵³ SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa. Teoria e prática*. 4 edição. Leme (SP): JH Mizuno, 2019, p.51

¹⁵⁴ CAMMAROSANO, Márcio. PEREIRA, Fávio Henrique Unes. MAIA, Raphael Rocha de Souza. *Alteração da lei de improbidade administrativa. Avanços e retrocessos da proposta que tramita na Câmara dos Deputados*. 12/02/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa-12022020>

também cabe ao ente que ocupa a posição de autor a demonstração e prova dos elementos subjetivos exigidos para configuração do delito. Não se pode admitir, nesta linha de raciocínio, qualquer construção que abra a possibilidade de uma presunção – ainda que relativa – de que o agente obrou com dolo ou culpa. A carga da prova não se inverte em nenhuma hipótese, ao contrário do que se admite, em diversas situações, no Direito Civil. Sendo o dolo ou a culpa elementos do tipo da improbidade – a depender da modalidade – sua prova sempre recairá sobre quem maneja a ação. A afirmação cabe não apenas”¹⁵⁵.

Sobre a crítica acima descrita, pertinente colacionar que, acolhendo texto sugerido pela OAB, a Lei n. 14.230/2021 define o dolo nos seguintes termos: “art. 1º, § 2º *Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.*” E conclui que “§ 3º *O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.*”¹⁵⁶

Tal previsão legislativa impossibilita a responsabilização do agente público por simples atos voluntariosos, deixando clara a necessidade do dolo que, por sua vez, é composto pela vontade livre e consciente de alcançar o resultado. Ademais, parece-nos que a posição jurisprudencial do STJ que acolhe o conceito de dolo genérico em sede de improbidade administrativa está superada, pois a intenção do legislador é exigir um dolo específico, como se pode interpretar do disposto no art. 11, §1º e §2º da Lei n. 8.429/1992.

Dessa forma, tudo indica que a mudança legislativa proposta visa resolver a discussão ora levantada, posicionando-se no sentido da necessidade da presença da má-fé para caracterizar o ato de improbidade administrativa, uma vez que deixa expresso que não basta a voluntariedade do agente para a configuração do dolo.

A Lei n. 14.230/2021 também trouxe a exigência de um “*fim de obter proveito ou benefício indevido para si e para outra pessoa ou entidade*”¹⁵⁷, bem como, retirou da improbidade culposa do ordenamento jurídico. Essas alterações demonstram a intenção do legislador em exigir a presença da má-fé nos atos ímprobos.

No mais, quando se fala em má-fé não se pode cair no erro de procurá-la na mente do agente público (subjetiva), utilizando viés psicológico, longe disso, a má-fé deve ser vista como as condutas (falas e ações) externadas pelo sujeito que possuem a finalidade de enganar outras pessoas, ou seja, seria o comportamento direcionado ao engodo, à fraude, ao desrespeito à lei.

¹⁵⁵ NEISSER. Dolo e culpa na corrupção política. Improbidade e imputação subjetiva, p. 237-238.

¹⁵⁶ REDAÇÃO FINAL PROJETO DE LEI Nº 2.505-D DE 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>.

¹⁵⁷ BRASIL. Art. 11, §1, da Lei n. 8.429/1992.

Enfim, podemos concluir que a má-fé não é elemento constitutivo do dolo, porém o legislador deixou claro no novo texto legal a necessidade de má-fé para a configuração do ato ímprobo. Essa má-fé, segundo defendemos neste estudo, deve ser descoberta observando os atos praticados pelo sujeito, sendo indiferentes eventuais desejos mentais, psicológicos desse sujeito.

3.2 – O CONTEÚDO DO DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

Para a construção deste tópico muito do que foi trabalhado até o presente momento será utilizado e, com o intuito de não ser repetitivo, serão destacados os pontos essenciais para a compreensão da proposta deste estudo e a posição adotada.

Desta feita, cabe asseverar que o dolo em sede de improbidade administrativa possui como elementos componentes a parte cognitiva e a volitiva. No mais, o texto da Lei n. 14.230/2021, deixa claro que não basta a mera voluntariedade do agente público para configurar o ato ímprobo.

A questão da voluntariedade, pelo que se denota, foi posta de forma expressa no texto legislativo para resolver o problema de flertes jurisprudenciais com a responsabilização objetiva.

Pelo princípio da voluntariedade bastaria à intenção, o *animus*, em praticar a conduta repelida pelo direito para configurar eventual infração administrativa.

Sobre o princípio da voluntariedade, pertinente trazer à baila o entendimento de BANDEIRA DE MELLO citado por XAVIER, *in verbis*:

Celso Antônio Bandeira de Mello filia-se à doutrina da voluntariedade, nomeando o tema de princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração. Ele explica que é “muito discutido em doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria necessidade ao menos de culpa”. E posiciona-se: “Quando menos até o presente temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo como é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual”; que “pode – a um primeiro súbito de vista – parecer que a exigência de voluntariedade contrapor-se-ia ao fato de que há certas sanções que são transmissíveis e que, obviamente, não se pode fazer tal predicação (voluntariedade) em relação àquele a quem foi transmitida. Não há nisso contradição, pois o que está sendo afirmado não é que tenha de existir voluntariedade por parte de quem responde pela sanção, mas de quem pratica uma conduta qualificada como infração”.¹⁵⁸

Percebe-se que, para o autor acima mencionado, a “mera” voluntariedade seria suficiente para configurar a existência de um ilícito administrativo, ou seja, bastaria a vontade,

¹⁵⁸ XAVIER, Marília Barros. Direito administrativo sancionador tributário. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 77.

o *animus*, a intenção em praticar a conduta proibida pelo direito para que haja responsabilização do agente público.

Essa posição, com o novel texto legal (Lei n. 14.230/2021), é repelida de forma clara e expressa para os casos de improbidade administrativa, inexistindo, *prima facie*, margem para interpretações ou alargamentos. Portanto, pode-se concluir que não basta voluntariedade; necessária a presença do dolo com seus dois elementos constitutivos, ou seja, consciência e vontade.

No mais, em interessante análise sobre a voluntariedade, MELLO explica que:

A voluntariedade diz respeito à ação praticada pelo particular. Para que se configure infração administrativa é necessário que o agente tenha praticado uma conduta de modo voluntário, movido por “*impulso anímico*”, nas palavras de Régis Fernandes de Oliveira. Ao exigir voluntariedade, os referidos autores afastam a possibilidade de sanção administrativa ser imposta a quem age de modo automático, sem desejar, sem que seja o agir consequência (sic) de um comando de vontade, tal qual ocorre com atos reflexos, em situações de coação absoluta irresistível ou de caso fortuito. O entendimento é correto, pois sem voluntariedade não há ação imputável ao intelecto do homem, mas sim mero movimento material decorrente de impulsos involuntários. Não há decisão: o evento ocorre a despeito da vontade humana.

Todavia, com o respeito devido aos autores que entendem de modo distinto, apenas a voluntariedade não é suficiente para a configuração de ilícito administrativo. É certo que a voluntariedade é indispensável, pois sem ela não há que se falar sequer em ação. Mas uma conduta humana pode ser voluntariamente voltada a um resultado lícito e atingir, não obstante, resultado ilícito, mesmo com a adoção de todas as precauções para que não ocorra esse desvio. Em outras palavras: agindo voluntariamente, com toda diligência exigida de um homem comum e desejando atingir resultado lícito, um indivíduo pode acabar produzindo como resultado um evento tipificado como infração administrativa. Não parece adequada a imposição de sanção nesta última hipótese.¹⁵⁹

Analisando o texto legal – Lei n. 14.230/2021 –, percebe-se que o legislador deu ênfase ao elemento psicológico do ato ímprobo, pois previu de forma expressa a necessidade de uma intenção ilícita (art. 1º, §2º e 3º), de um fim de obter proveito ou benefício indevido (art. 11, §1º), somada à retirada da figura culposa e a determinação de que a voluntariedade é insuficiente para configurar o dolo em sede de improbidade (estudada acima).

Tais ordenamentos normativos conduzem à presunção de que o desejo do legislador foi de estabelecer um dolo na visão psicológica, pois, do contrário, bastaria determinar a necessidade do dolo para configurar o ato ímprobo.

No mais, poderia o legislador orientar-se pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para o trato do dolo e da culpa, já que no mencionado diploma legal foi previsto no artigo 28 que “*O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 43-44, out./dez. 2005

¹⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657/1942.

Porém, a opção legislativa foi de estabelecer um conceito legal de dolo e retirar a modalidade culposa de improbidade administrativa do ordenamento jurídico.

Cabe frisar que, com a publicação da lei, o operador jurídico não deve se limitar a buscar a *mens legislatoris* (intenção do legislador). O foco deve ser a *mens legis* (significado da lei), já que a norma jurídica adquire vida autônoma depois que entra no ordenamento jurídico, logo a análise da lei deve ser realizada de forma sistêmica.

Assim, tem-se que adoção da visão psicológica do dolo acarreta problemas sistêmicos, pois o dolo da esfera da improbidade administrativa passa a ser mais específico (e trabalhoso de se provar) do que o dolo da esfera penal, ou seja, a exigência para a configuração de um crime é menos severa em se comparada à configuração de improbidade administrativa, ainda que decorrente de um mesmo fato. Tal situação inverte a aplicação do princípio penal da *ultima ratio*, transferindo essa condição, de última *ratio*, para a improbidade administrativa.

O legislador possui liberdade para legislar, porém essa liberdade não é absoluta, há que se respeitar os ditames constitucionais, portanto, não pode o legislador estabelecer diploma normativo que esvazie preceito constitucional. Em sendo assim, as alterações legislativas devem ser interpretadas de forma a não esvaziar o disposto no art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988.¹⁶¹

Soma-se, também, a proibição de retrocesso em matéria de enfrentamento à corrupção, prevista na Convenção de Mérida (Decreto n. 5.687/2006).¹⁶²

O art. 65, 2º, da Convenção de Mérida estabelece que “*Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção*”¹⁶³. Esta norma evidencia a vedação do retrocesso no âmbito da prevenção e do combate a corrupção, pois estabelece que os Estados parte podem estabelecer medidas mais estritas ou severas nesse enfrentamento, logo, veda a adoção de medidas mais tolerante com a corrupção que as previstas na Convenção.

¹⁶¹ CF/88, Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁶² Nesse sentido “Diante de tudo o que foi exposto acima, entendemos que os atos de improbidade administrativa dolosos praticados anteriormente à Lei nº 14.230/2021 continuam submetidos à normatividade vigente à época dos fatos, devendo as ações e investigações tramitarem regularmente, mesmo que diante da revogação e especialmente quando os ilícitos tiverem a respectiva correspondência penal, pois estar-se-á (caso contrário) diante de um retrocesso na tutela da probidade administrativa, o que é vedado pela ordem jurídica nacional após a incorporação da Convenção de Mérida em 2006.” (PINHEIRO. Igor Pereira. Retroatividade Benéfica na Nova Lei de Improbidade Administrativa. Artigo extraído do <https://blog.editoramizuno.com.br/retroatividade-benefica/> Acessado em: 05/11/2021)

¹⁶³ BRASIL. Decreto n. 5.687/2006.

A Convenção de Mérida, incorporada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 5.687/2006, possui força normativa em âmbito nacional e deve ser observada pelo operador do direito no enfrentamento da corrupção.

Dessa forma, importante acrescentar que o artigo 28 da Convenção de Mérida (Decreto n. 5.687/2006) prevê que “*O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.*”¹⁶⁴ Assim, plenamente válido e em consonância com tratados internacionais a adoção de um dolo normativo, no caso a visão normativa-volitiva.

Nesse prisma, importante neste momento fixar posicionamento e, com esse propósito, baseado nas teorias trabalhadas no capítulo 2 deste estudo, tanto o conhecimento quanto a vontade não devem ser analisadas pelo viés psicológico, ou seja, com base no conteúdo da mente/cabeça do agente público investigado/processado.

Frisa-se que as críticas lançadas às teorias psicológicas do dolo se replicam aqui. Assevera-se ser inviável condicionar a condenação ou absolvição de um agente público (ou terceiro vinculado) por ato tido como ímprobo à obtenção de prova de um dolo psicológico desse agente.

Nesse ponto saliente-se que a Lei n. 14.230/2011 colocou o dolo em posição de destaque para a configuração da improbidade, pois “*a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade*”¹⁶⁵ bem como que “*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*”¹⁶⁶.

Caso essa perspectiva (adoção das teorias subjetivas) fosse acolhida, somente no caso da confissão ter-se-ia prova robusta do dolo. Todas as demais situações, com a simples negativa do sujeito, ou com a construção de narrativas exculpantes, fatalmente gerariam a absolvição do demandado, ou uma condenação com base em presunções, indícios da ocorrência do dolo. Ora, é inalcançável o conteúdo da mente do réu.

Pertinente acentuar que tanto no direito civil quanto no direito penal a visão psicológica do dolo (em que pese ainda ser majoritária) está se enfraquecendo por conta da

¹⁶⁴ BRASIL. Decreto n. 5.687/2006.

¹⁶⁵ BRASIL. Art. 17-C, §1º, Lei n. 8.429/1992.

¹⁶⁶ BRASIL. Art. 1º, §3º, Lei n. 8.429/1992.

extrema dificuldade (diga-se impossibilidade) de se provar o dolo pela perspectiva psicológica em um caso prático¹⁶⁷.

A consciência pode ser descrita, segundo a doutrina penalista tradicional, como a previsão e a representação do que se pretende realizar, essa consciência deve ser atual (no momento da ação)¹⁶⁸.

Trata-se do elemento cognitivo do dolo, ou seja, o conhecimento normativo com relação ao atuar ou deixar de atuar do agente público. Saber o que é permitido e o que é proibido.

Frisa-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é clara ao prever em seu art. 3º que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”¹⁶⁹

Mas, há que deixar claro que esse conhecimento não pode ser um conhecimento geral, vago; longe disso, deve ser um conhecimento seguro e atrelado às atribuições do agente público.

Nesse sentido, NEISSER exemplifica que:

Cabe deixar claro, desde já, que há uma diferença marcante entre o dever de conhecer, que exsurge de um determinado papel exercido por alguém, e os conhecimentos especiais que por acaso aquele sujeito detenha, que vão além do que se lhe exige. Imagine-se o motorista de uma autoridade pública, cujo dever de conhecer limita-se às questões relativas à boa condução e manutenção do veículo de propriedade pública. Por um interesse pessoal, desconectado com suas atribuições profissionais, aprofundou-se no estudo do Direito Financeiro, uma vez que pretende prestar concurso para o Tribunal de Contas. Ao conduzir autoridade de um local a outro, entreouve uma determinação dada por telefone, para que seja realizada uma operação com as receitas públicas que, por acaso, ele sabe ser ilegal. Em uma situação como esta, não faria sentido atribuir-lhe, a título de omissão, uma conduta dolosa ao ter se abstido de denunciar a autoridade. A uma, pois não exerce posição de garante, mas a duas – no que importa para o exemplo –, porque o conhecimento especial de que dispõe não está abarcado pelo dever de conhecimento exigido para seu cargo.¹⁷⁰

No mais, a Lei n. 14.230/2021 estabelece em seu art. 1º, §8º, que eventuais ações ou omissões que decorrerem de divergência interpretativa jurisprudencial da lei não configuram

¹⁶⁷ BENETTI colaciona que: “Não se desconhece a existência de recentes pesquisas psicológicas e neurológicas que demonstram ser a vontade em si irrelevante para a vida social: Ricardo Peres Freoa afirma prescindirem os atos jurídicos *lato sensu* de qualquer exteriorização de vontade, sustentando que a vontade e a decisão ocupam distintas regiões cerebrais. Consequentemente, o Direito atuaria no campo das decisões e não no da vontade (Do Contrato de Participação em Grupo de Consórcio para Aquisição de Bens ou Serviços. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Orientador: Prof. Dr. Alcides Tomasetti Júnior. São Paulo, 2014, p. 80”. (BENETTI, Giovana. Op. Cit., p. 33.)

¹⁶⁸ CABRAL sustenta que “Na verdade somente quem pensa o conhecimento como algo que ocorre topograficamente no cérebro e que acredita que será necessário que o autor efetivamente pense nesses elementos enquanto comete o delito, pode levantar esse tipo de questionamento. Isso porque, quem compreende o conhecimento desde a perspectiva da filosofia pragmático-linguística de WITTGENSTEIN, sabe que o conhecimento não é algo psicológico, não é algo que o agente possui no cérebro. O conhecimento é uma habilidade e a memória se caracteriza justamente pela retenção de tal conhecimento.” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo e linguagem, p. 195)

¹⁶⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Brasília, 04.09.1942, art. 3º.

¹⁷⁰ NEISSER. Op. Cit., p252.

improbidade administrativa. Logo, existindo posições conflitantes na jurisprudência pátria, está afastada a improbidade.

Nesse caso, importante acentuar que é necessário ser uma divergência jurisprudencial, portanto, não basta a existência de um julgado conflitante, deve ser um conjunto de decisões no mesmo sentido, pois só assim configura a exceção prevista no art. 1º, §8º, da LIA, que fala em jurisprudência.

Para verificar o preenchimento do elemento cognitivo (o saber) podem-se utilizar os ensinamentos de I VALLÈS que prevê quatro etapas possíveis.

A primeira versa sobre o conhecimento mínimo oriundo da vida em sociedade atribuído a uma pessoa normal (imputável). São conhecimentos tidos como inatos a qualquer sociedade e compreendidos por qualquer pessoa capaz (imputável).

Inclusive I VALLÈS sustenta que:

... Así, por regla general no se admite el error sobre la vigencia de las normas que prohíben conductas que atentan contra los bienes que se consideran básicos em una determinada sociedade y, como suele afirmar el Tribunal Supremo, la invocación del error de prohibición está fuera de todo lugar “en aquellas infracciones o hechos cuya ilicitude sea notariamente evidente y de general comprensión”.¹⁷¹

Esses conhecimentos mínimos exigidos de um indivíduo imputável, necessários ao convívio social, não permitem a alegação de erro.

E prossegue:

Qué conocimientos deben considerarse mínimos y cuáles no es algo que, evidentemente, no puede desarrollarse asta el más minucioso de los detalles y, desde luego, no puede aportarse una lista de los conocimientos que se consideran mínimos em la actual sociedade. La concreción deberá llevarse a cabo pensando em cada caso concreto si socialmente podría considerarse como igual a una persona que desconociera determinadas realidades. Lo afirmado hasta ahora puede parecer obvio e, incluso, supérfluo. Sin embargo, dando realce a la figura de los conocimientos mínimos se obtiene un instrumento especialmente útil para acometer un análisis crítico de determinadas afirmaciones judiciales que con relativa frecuencia pueden encontrarse em el ámbito de la determinación procesual del dolo.¹⁷²

Esses conhecimentos mínimos devem ser analisados caso a caso, não se trata de um rol taxativo, fechado, mas sim de um rol que está em constante alteração.

Na improbidade administrativa podemos atribuir como conhecimento mínimo a responsabilização do pregoeiro que recebe uma quantia em dinheiro de empresa para que seja vencedora em um processo licitatório. É natural asseverar que o pregoeiro sabia que não poderia receber dinheiro para beneficiar uma determinada empresa em um processo licitatório.

A segunda etapa refere-se à transmissão prévia de conhecimento. Nesta etapa, pela inteligência de I VALLÈS, a transmissão de determinado conhecimento ao agente público antes

¹⁷¹ I VALLÈS, Ramon Ragués. El dolo y su prueba em el proceso penal. p. 382.

¹⁷² I VALLÈS. *Op. Cit.*, p. 383.

da prática de determinado ato ímprobo possibilita asseverar que o agente público siga contando com esse conhecimento em momento posterior quando pratica o tido ato ímprobo.¹⁷³

Para melhor visualizar, cita-se o exemplo do secretário municipal de obras que pergunta ao seu subordinado se os funcionários da limpeza pública municipal estariam livres no dia seguinte porque precisa limpar o açude de sua fazenda (serviço de demandaria tanto mão-de-obra dos funcionários públicos quanto utilização do maquinário municipal), tendo o subordinado informado que tal tarefa é ilegal. Ao determinar, no dia seguinte, a limpeza do açude de sua fazenda aos funcionários da limpeza pública municipal, detinha o secretário de obras conhecimento de que estava praticando um ato ilegal, impossibilitando a alegação de desconhecimento e de erro.

Esta modalidade exige alguns apontamentos. É fundamental que quando se fala de conhecimento adquirido, prévio, deve se ter em mente que o cérebro humano não armazena todas as informações que recebe, exigindo, assim, que a informação repassada tenha destaque e importância suficiente que inviabilize a alegação de esquecimento.

Pouco provável que a pessoa que recebe um diagnóstico de uma grave doença se esqueça dessa informação, principalmente em razão do impacto que ela causa na pessoa. Da mesma forma, não parece crível que um determinado servidor público após receber uma recomendação do órgão de fiscalização informando que determinado proceder configura improbidade administrativa, pratique a conduta e posteriormente em sua defesa alegue desconhecimento.

Nesse ponto, NEISSER colaciona que:

Em função desta constatação, recomenda-se avançar em relação à sugestão de Ragués I Vallès, trazendo para a argumentação o conceito de memória flash, advindo da Psicologia Cognitiva (flashbulb memory). A ideia foi apresentada por Roger Brown e James Kulik em 1977, descrevendo o fenômeno pelo qual, quando diante de um evento com alto grau de singularidade, com potencial de desencadear níveis significativos de surpresa e emoção, aumenta-se substancialmente a capacidade de apreensão e retenção de uma memória. A pesquisa que levou à conclusão buscou apurar qual o nível de precisão das memórias que as pessoas guardavam do dia em que Kennedy havia sido assassinado.¹⁷⁴

Para sedimentar o conhecimento, pode-se exigir que o documento informativo seja entregue em mãos do destinatário, bem como solicitar resposta ao documento, asseverando que recebeu o documento e compreendeu a informação.

Prosseguindo, I VALLÈS retrata a terceira modalidade de atribuição do conhecimento, a exteriorização pelo sujeito de que detém o conhecimento no momento que praticou a conduta.

¹⁷³ I VALLÈS. *Op. Cit.*, p. 403.

¹⁷⁴ NEISSER. *Op. Cit.*, p. 260.

Essa exteriorização pode ocorrer por fala/palavras ou por atos que evidenciam esse conhecimento, um bom exemplo desta modalidade é a confissão.¹⁷⁵

A quarta modalidade elencada por I VALLÈS seriam as características pessoais do sujeito que são fontes de atribuição do conhecimento. Essa modalidade leva em consideração as características pessoais do sujeito, sua formação, sua profissão, sua experiência. Parte da ideia de que determinadas informações seriam de conhecimento de todos aqueles que frequentaram um determinado curso ou que trabalham em uma determinada profissão.¹⁷⁶

Um engenheiro civil possui conhecimento técnico necessário para constatar que o material utilizado em determinada obra pública possui qualidade inferior à que constou no processo licitatório, isso se esse engenheiro teve acesso ou se fez parte do processo licitatório.

CABRAL na mesma linha intelectual, explica que:

[...] existem dois significados da palavra conhecimento que são fundamentais para desenvolver a teoria do dolo.

Um deles é relativo ao conhecimento como consciência efetiva que se tem sobre o entorno da ação, conhecimento como consciência das circunstâncias da ação, conhecimento como “saber o que”, como “know what”.

O outro significado é o conhecimento como atividade cognitiva, como domínio de uma habilidade linguística, conhecimento como “saber como”, como “know how”.¹⁷⁷

Completa dizendo que:

Assim, na identificação do elemento cognitivo do dolo – da mesma forma que ocorre com o elemento volitivo – não é possível cair na armadilha de busca-lo em enigmáticos estados mentais incorpóreos ou em algo que o cérebro possui.

...

Assim, ainda que alguém insista na crença de que o conhecimento é algo interno situado no cérebro, é inevitável a conclusão de que somente a linguagem poderá nos demonstrar quando se está diante ou não de uma situação em que o agente agiu ou não com conhecimento.¹⁷⁸

Portanto, o conhecimento exigido para a configuração do dolo, segundo a posição adotada neste trabalho, é baseado em elementos externos à psique do sujeito. O foco são as condutas, as ações externadas pelo sujeito (formação profissional, experiência de vida, informações obtidas, entre outros exemplos), a partir dessa observação conclui-se se o elemento cognitivo está presente ou não.

Essa forma de raciocínio é plenamente compatível com o julgamento de ações ímprobas, podendo assim ser adotada pelo operador do direito, sobretudo na praxe forense.

De outro prisma, como relação ao elemento volitivo, mantendo a diretriz atributiva-normativa, o foco deve ser o comportamento externado pelo sujeito. As atenções devem ser

¹⁷⁵ I VALLÈS. *Op. Cit.*, p. 411.

¹⁷⁶ I VALLÈS. *Op. Cit.*, p. 425.

¹⁷⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem*, p. 188.

¹⁷⁸ CABRAL. *Ibidem.*, p. 190-191.

direcionadas para os comportamentos realizados pelo sujeito, dessa forma chega-se à intenção dele. O critério psicológico-descritivo é diferente, pois procura à intenção do sujeito por meio de uma análise empírica pessoal (análise psicológica do sujeito).

A visão atributiva-normativa do dolo se mostra mais correta diante da impossibilidade de acesso à psique do sujeito. Mais uma vez, condicionar eventual condenação à prova da intenção psicológica do sujeito acarreta verdadeiras injustiças (seja com a condenação ou com a absolvição), já que dificilmente se tem certeza do conteúdo da mente do sujeito no momento da prática do ato.

No mais, importante ressaltar que a tese de VIVES ANTÓN do dolo significativo é de grande valia para a análise do elemento volitivo em sede de improbidade, pois examinar o compromisso que o agente público deve ter com relação ao respeito às normas, bem como as normas e regras já previamente lançadas, é um excelente meio para vislumbrar a vontade do sujeito.

CABRAL explica que:

... um agente somente pode assumir um compromisso com o significado de sua ação quando a realiza intencionalmente. A intenção manifesta essa reivindicação normativa que é expressada por meio da sua ação com relação aos significados derivados dela. A intenção materializa a responsabilidade normativa derivada da ação, materializa o compromisso linguístico do autor.¹⁷⁹

E conclui que:

... a intenção é uma reivindicação, uma manifestação linguística em que o sujeito apresenta uma forma de intervenção no mundo, por meio de uma ação. O sentido da intenção é identificado pelo contexto da ação e também pela circunstância que o agente conhece e as técnicas que domina, é dizer, o elemento volitivo do dolo tem seu sentido vinculado ao elemento cognitivo.¹⁸⁰

Pertinente destacar que, conforme disposto na Lei n. 14.230/2021, incabível a adoção de teorias cognitivas puras do dolo – as que sustentam bastar para sua caracterização a presença do elemento cognitivo (o saber) -, pois o texto legislativo é claro em exigir vontade livre e proibir a simples voluntariedade, e, nesse caso, há que se respeitar a vontade do legislador.

Em sendo assim, conforme já exposto acima, teríamos como opções para o dolo na improbidade as teorias psicológicas, as demais teorias normativas e a teoria significativa do dolo.

As primeiras – psicológicas –, em que pese ainda ser a corrente majoritária no direito penal pátrio, se mostram falhas na tentativa de explicar o dolo, principalmente por sua

¹⁷⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo e linguagem, p. 209.

¹⁸⁰ CABRAL. *Ibid.*, p. 214.

característica psicológica-descritiva, além de exigir uma prova inalcançável (dolo psicológico – prova das intenções internas/mentais do agente).

As teorias normativas-volitivas e a teoria significativa do dolo não ofendem o texto legal, já que mantêm a necessidade da presença dos elementos conhecimento e vontade para caracterizar o dolo.

Tanto uma quanto a outra podem ser empregadas no trato do dolo da improbidade. Na doutrina penal, a teoria significativa vem amadurecendo e se mostra eficiente para o trato do dolo.

No mais, OSÓRIO, posiciona-se no sentido de que:

O certo é que as discussões entre causalistas e finalistas deram lugar a outros debates, em parte complementares. Notem-se as vertentes funcionalistas do Direito Penal, muito em voga na atualidade, as quais correspondem uma cultura que, de algum modo, não apenas permeia e fundamenta o próprio Direito Administrativo Sancionador, mas dele decore e por ele é alimentado. Falamos da cultura funcionalista, em que os instrumentos sancionadores estão a serviço da ordem jurídica e social, em busca da satisfação das finalidades institucionais do sistema punitivo, numa linha sistêmica em que as funções – não importa o conteúdo – resultam posicionadas em lugar privilegiado... O Direito Administrativo Sancionador é, marcadamente, de índole funcionalista, antes mesmo de o Direito Penal receber abordagens mais sofisticadas nesse sentido, não porque tenha este ou aquele conteúdo, mas em razão de suas profundas conexões com posições nitidamente funcionais.¹⁸¹

Em âmbito de improbidade administrativa, o conceito legal é recentíssimo e prevê a necessidade da presença dos elementos cognitivo e volitivo do dolo, além de determinar a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. Logo, a posição adotada por OSÓRIO ganha força na solução de eventual impasse.

Enfim, ao analisar o dolo na improbidade administrativa não se deve focar na intenção, psicologicamente falando, do agente que atuou de forma ímproba, mas sim na consciência e na vontade de praticar um ato que infrinja a norma, desrespeitando o compromisso normativo existente.

O trato da improbidade administrativa deve ser realizado com *grano salis* diante da importância da matéria na realidade fática-jurídica nacional. Não se deve exagerar ao ponto de afastar possíveis bons gestores de uma vida pública, mas, também, não se pode gerar uma proteção deficitária, de forma a acarretar o enfraquecimento no combate à corrupção e a sensação de impunidade. Saber o ponto de equilíbrio é o grande desafio do estudioso do tema.

Vive-se uma nova etapa, com a alteração da LIA. Muito será escrito, debatido, estudado, novas teorias surgirão, o Judiciário terá que se debruçar sobre essa novel legislação

¹⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, p. 382-383.

e resolver eventuais conflitos interpretativos e nesse ponto, FRANK arremata dizendo que “*a prova de fogo para uma teoria jurídica será sempre sua utilidade prática*”¹⁸².

¹⁸² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo e linguagem, p. 92.

CONCLUSÃO:

O dolo é um tema muito estudado por diversas áreas do conhecimento, tais como a filosofia, a psicologia, a neurociência, e o direito. Esse tema ganha protagonismo quando se condiciona a solução de uma demanda à sua demonstração. A Lei n. 14.230/2021, que alterou a Lei n. 8.429/1992 – LIA, trouxe esse protagonismo ao dolo nas demandas de improbidade administrativa.

A norma textualmente estabelece que somente atos dolosos podem configurar improbidade administrativa. Retira, conseqüentemente, a possibilidade de improbidades culposas, previstas no art. 10 da lei original.

Ademais, com o nítido intuito de afastar a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, sinalizou o legislador que o dolo, para configurar improbidade administrativa, deve ser o dolo específico, o qual possui um elemento subjetivo do tipo, no caso, o fim de obter proveito ou benefício indevido.

O dolo, em sede de improbidade administrativa, se aproxima mais do dolo do direito penal, por possuir mais pontos convergentes em se comparado ao direito civil. No mais, a principal característica que une os dois ramos jurídicos é o seu caráter sancionatório.

Assim, ainda que se pretenda incorporar o *dolus malus* trabalhado no direito civil, na improbidade administrativa, existem obstáculos a esse proceder, como, por exemplos, a proximidade com o dolo da improbidade com o dolo do direito penal e a decadência do emprego do *dolus bonus* sustentada na doutrina civilista.¹⁸³

Aproveitar o desenvolvimento teórico e pragmático realizado no direito penal para a construção do dolo na improbidade administrativa parece ser o caminho mais certo a ser percorrido, evitando falhas já superadas pela ciência penal.

A LIA exige a presença do dolo para a condenação do agente público em improbidade administrativa. Essa presença, pelo que foi demonstrado, deve ser buscada por meio de critérios atributivos-normativos.

As teses psicológicas-descritivas se mostram ineficientes para comprovar o dolo, já que sustentam o elemento volitivo como sendo algo interno, existente na mente do agente, portanto inalcançável por terceiros, situação que gera presunções e incertezas por parte do julgador, acarretando por consequência grande insegurança jurídica.

¹⁸³ Conforme destacado na nota 148.

O texto legal (Lei n. 8.429/2021) não possibilita a adoção de teses normativas-cognitivas, que afastam o elemento volitivo da estrutura do dolo. Dessa forma, têm-se que as teses normativas-volitivas e a teoria significativa do dolo são, segundo defendemos, as melhores opções para trabalhar o dolo na improbidade administrativa.

As teses normativas-volitivas mantém a estrutura do dolo com os dois elementos – consciência e vontade. Porém, essa vontade é analisada de fora para dentro, ou seja, verifica-se por meio de uma valoração normativa da conduta, alcançando, assim, a vontade do autor.

A teoria significativa do dolo, utilizando a filosofia da linguagem, não se preocupa com eventuais desejos internos do agente. A intenção, a vontade do agente é concretizada por seus atos, pois vontade sem ação é um nada. Dessa forma, existe uma verdadeira observação das ações (palavras e atos) do agente dentro de um contexto pré-definido pelo ordenamento legal.

Por essa proposta não há classificação de dolo, inexistindo divisões, dolo é consciência e vontade, ou seja, constatando esses elementos, está configurado o dolo. A finalidade ilícita está presente na conduta do agente que pratica os atos considerados como ímprobos.

Portanto, plenamente aplicável a teoria significativa do dolo em sede de improbidade administrativa, pois não ofende a LIA e possibilita de forma pragmática o processamento de quem realmente deve ser processado.

A nova sistemática de trabalho exigida pela Lei n. 14.230/2021, requer do órgão acusador – Ministério Público de forma exclusiva art. 17 – maior esforço investigativo para demonstrar o dolo do investigado, em alguns casos esse esforço é maior que o exigido na esfera criminal, o que ofenderia o sistema jurídico pátrio.

Importante pontuar que a LIA, todavia, possui meios de prova mais restritos que os existentes no direito penal e, com ressalva às provas emprestadas das investigações criminais, fica limitada a atuação investigativa, condição que dificulta o mister ministerial em âmbito de improbidade.

Enfim, as alterações que a LIA sofreu representam uma ruptura no trato da improbidade administrativa, diante das profundas mudanças realizadas pelo legislador.

Tais mudanças evidenciam o descontentamento do legislador com relação às posições jurisprudenciais, principalmente, do STJ que acolheu do dolo genérico para a responsabilização por improbidade administrativa.

Essas transformações exigirão certa maturação (da doutrina e da jurisprudência) para sedimentar as opiniões sobre elas, porém o direcionamento interpretativo deve ser sempre o que

garante o efetivo combate à corrupção e este trabalho possui essa premissa em seu desenvolvimento.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICO:

BIBLIOGRAFIA:

- BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil. Uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal 1. Parte Geral. 17 edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONFIM, Edilson Mougenot. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In: Dolo e direito penal: modernas tendências.* Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59-82.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e a teoria da ação significativa. *In: Dolo e direito penal: modernas tendências.* Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119-143.
- _____. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v 9, 2017. p. 247-268.
- _____. Dolo e Linguagem. Rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- CAMMAROSANO, Márcio. PEREIRA, Fávio Henrique Unes. MAIA, Raphael Rocha de Souza. Alteração da lei de improbidade administrativa. Avanços e retrocessos da proposta que tramita na Câmara dos Deputados. 12/02/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa-12022020>
- COSTA, Renato Saeger Magalhães. A culpa como elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. *BDM - Boletim de Direito Municipal*, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 11, p. 854-864, 2015.
- DÍAS PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normatização. *In: Dolo e direito penal: modernas tendências.* Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-56.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 3 edição. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GARCIA, Emerson. Improbidade é sinônimo de desonestidade?. *JUS*, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 11-21, jan./jun. 2012.

- GOMES, Márcio Schlee. Dolo: cognição e risco: avanços teóricos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: DIAS, Augusto Silva, *et al. Liber Amicorum* de José de Solva e Brito: em comemoração aos 70 Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903. Obtido através do sitio eletrônico: <http://docplayer.com.br/56842898-Dolo-sem-vontade-luis-greco-i-consideracoes-introductorias.html>
- GUARAGNI Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. in Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir de julgados dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. 2 Tiragem, 2018.
- LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I. tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 43-44, out./dez. 2005
- NEISSER, Fernando Gaspar. Dolo e Culpa na Corrupção Política: Improbidade e imputação subjetiva. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- OSÓRIO. Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 6 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- _____. Teoria da Improbidade administrativa. Má gestão. Corrupção. Ineficiência. 5 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume II. Teoria Geral das Obrigações. 26 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PINHEIRO. Igor Pereira. Retroatividade Benéfica na Nova Lei de Improbidade Administrativa. Artigo extraído do <https://blog.editoramizuno.com.br/retroatividade-benefica/> Acessado em: 05/11/2021
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Civil. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- RAQUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba em el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- SILVA, Luis Antônio Miranda Amorim. O ato de improbidade administrativa por desvio ético do agente público e a jurisprudência do STJ. O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2019.

- SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa. Teoria e prática. 4 edição. Leme (SP): JH Mizuno, 2019.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume único. 4. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2014, p. 384.
- VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. *In: Dolo e direito penal: modernas tendências.* Coordenador Paulo César Busato. 2 edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85-116.
- XAVIER, Marília Barros. Direito administrativo sancionador tributário. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 77.

LEGISLAÇÃO E DIRETIVAS

BRASIL. LEI N. 8.429/1992.

BRASIL. LEI N. 14.230/2021.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

BRASIL. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988.

BRASIL. DECRETO N. 5.687/2006 (Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003).

BRASIL. DECRETO-LEI N. 4.657/1942 (LINDB)

JURISPRUDÊNCIA:

- BRASIL. STJ. REsp n. 604.151/RS. 1T. REL. MIN. Teori Albino Zavascki. DJ 25/04/2006.
- BRASIL. STJ. AIA n. 30/AM. REL. MIN. Teori Albino Zavascki. DJ28/09/2011.
- BRASIL. STF - RE n. 852.475/SP. DJe 08/08/2018.
- BRASIL. STJ. REsp n. 875.163/RS. REL. MIN. Denise Arruda. DJ
- BRASIL. STJ. REsp n. 765.212/AC. REL. MIN. Herman Benjamin. DJe 23/06/2010.
- BRASIL. STJ. REsp 951389/SC REL. MIN. Herman Benjamin. DJe 04/05/2011.
- BRASIL. STJ. REsp n. 1.849.513/RO. REL. MIN. Herman Benjamin. DJe 18/12/2020
- BRASIL. STJ. AgRg no REsp n. 1.539.929/MG. REL. MIN. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe de 2/8/2016

- BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1746240/RS. REL. MIN. Og Fernandes. Segunda Turma. DJe 22/06/2021.

- BRASIL. STJ. AREsp n. 1634079/SE. Rel. Min. Francisco Falcão, da segunda turma, DJe 08/06/2021.