

## POSSÍVEIS REFLEXOS DA LEI 14.230/21 NO DIREITO PENAL

### POSIBLES REFLEJOS DE LA LEY 14.230/21 EN EL DERECHO PENAL



Recebimento em 30/09/2023

Aceito em 06/11/2023

José Gutembergue Sousa Rodrigues Júnior<sup>1</sup>

<https://orcid.org/0000-0001-6099-3831>

gutemberguedv@gmail.com

Edilson Pereira Nobre Júnior<sup>2</sup>

<https://orcid.org/0000-0003-1808-0275>

edilsonnobre@trf5.jus.br

### RESUMO

Neste trabalho, inicialmente, partimos do pressuposto de que existem alguns princípios constitucionais comuns ao que chamaremos de Direito Sancionador, que seria o gênero, dos quais o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, por exemplo, seriam espécies. A discussão sobre a aplicação dos princípios do Direito Sancionador às suas variadas espécies ganhou força após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, em que se intensificou a discussão sobre a aplicação das garantias constitucionais penais aos processos de improbidade administrativa. Neste artigo, defender-se-á a tese de que deve haver um maior diálogo entre estas duas espécies, quais sejam o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, de modo a garantir a integridade e a coerência do Direito Sancionador. Para tanto, adiante, focar-se-á em duas grandes mudanças trazidas pela Lei 14.230/21, quais sejam: a exigência do dolo “específico” (artigo 1º, §2º, da LIA) e a exigência de perda patrimonial efetiva e comprovada nos casos do artigo 10, o qual descreve os atos que importam prejuízo ao erário. Iniciaremos essa análise pela discussão se as decisões do Direito Penal devem comunicar e gerar reflexos nas decisões do Direito Administrativo Sancionador, desde que dentro do mesmo contexto fático. Em seguida, seguiremos pela discussão se as decisões do Direito Administrativo Sancionador poderiam gerar reflexos nas decisões do Direito Penal. Por fim, acredita-se que seja possível concluir que há, no mínimo, um elo principiológico que une estas duas esferas, tendo tal fato se tornado mais nítido com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21.

<sup>1</sup> Universidade Federal da Paraíba

<sup>2</sup> Universidade Federal de Pernambuco



**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo Sancionador; Direito Penal; Lei de Improbidade Administrativa; Dolo; Princípios penais e administrativos.

## RESUMEN

En este artículo partimos inicialmente del supuesto de que existen algunos principios constitucionales comunes a lo que llamaremos Derecho Sancionatorio, que sería el género, de los cuales el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, por ejemplo, serían especies. La discusión sobre la aplicación de los principios del Derecho Sancionatorio a sus diversas especies cobró fuerza luego de los cambios impulsados por la Ley nº 14.230/21, en la que se intensificó la discusión sobre la aplicación de las garantías constitucionales penales a los procesos de improbidad administrativa. En este artículo se defenderá la tesis de que debe existir un mayor diálogo entre estas dos especies, a fin de garantizar la integridad y coherencia del Derecho Sancionador. Para ello, nos centraremos en dos grandes cambios introducidos por la Ley 14.230/21, a saber: la exigencia de intención “específica” (artículo 1, §2, de la LIA) y la exigencia de propiedad efectiva y probada. pérdida en los casos del artículo 10, que describe los actos que causan daño al erario. Iniciaremos este análisis discutiendo si las decisiones en Derecho Penal deben comunicar y generar reflexiones en las decisiones en Derecho Administrativo Sancionador, siempre que se encuentren dentro del mismo contexto fáctico. A continuación, discutiremos si las decisiones de la Ley Administrativa Sancionatoria podrían tener impacto en las decisiones de la Ley Penal. Finalmente, se cree que es posible concluir que existe, al menos, un vínculo principitario que une estos dos ámbitos.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Administrativo Sancionador; Derecho penal; Ley de Improbidad Administrativa; Malicia; Principios penales y administrativos.

## 1 INTRODUÇÃO

Aristóteles (2016, p. 20), em “Ética a Nicômaco”, inicia seu raciocínio mencionando que as grandes questões podem ser definidas da seguinte forma: a partir ou em direção a um princípio. Aqui, iremos partir de um princípio, qual seja, de que existem alguns princípios constitucionais comuns ao que chamaremos de Direito Sancionador, que seria o gênero, dos quais o Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Tributário, por exemplo, seriam espécies.

Inegável, pois, que a discussão sobre a aplicação dos princípios do Direito Sancionador às suas variadas espécies ganhou força após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, em que



se intensificou a discussão sobre a (não) aplicação das garantias constitucionais penais aos processos de improbidade administrativa.

Neste artigo, defender-se-á a tese de que deve haver um maior diálogo entre estas duas espécies, quais sejam o Direito Penal eo Direito Administrativo Sancionador, de modo a garantir a integridade e a coerência do Direito Sancionador. Para tanto, adiante, focar-se-á em duas grandes mudanças trazidas pela Lei 14.230/21, popularmente conhecida como “Nova Lei de Improbidade”, quais sejam: a exigência do dolo “específico” (artigo 1º, §2º, da LIA) e a exigência de perda patrimonial efetiva e comprovada nos casos do artigo 10, o qual descreve os atos que importam prejuízo ao erário.

Iniciaremos essa análise pelo estudo da estrada mais percorrida, ou seja, pela discussão se as decisões do Direito Penal devem comunicar e gerar reflexos nas decisões do Direito Administrativo Sancionador, desde que dentro do mesmo contexto fático. Em seguida, como fez Robert Frost (1992) em clássico poema, seguiremos pela estrada menos percorrida, qual seja, pela discussão se as decisões do Direito Administrativo Sancionador poderiam gerar reflexos nas decisões do Direito Penal e, assim como o poeta, acreditamos que isso faz toda a diferença.

## **2 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Conforme reputado por Andres Serra Rojas (1949, p. 1.125)<sup>3</sup>, o instituto que se poderia denominar de direito penal administrativo, seria o que "tende ao estabelecimento das infrações administrativas, necessárias para o funcionamento da Administração Pública, e o seu adequado regime de sanções.

Distingue-se do Direito Penal comum em função do ilícito a que visa punir. Enquanto este almeja a prevenção e a repressão da delinquência, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral.

Embora não possa configurar uma disciplina autônoma, o estudo do direito penal administrativo e, também, do direito penal econômico, cresce de prestígio à medida que se toma

---

<sup>3</sup> "Tiende ai establecimiento de las infracciones administrativas, necesarias para el funcionamiento de la Administración Pública, y a su adecuado régimen de sanciones" (Derecho Administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia. 4. ed. Cidade do México: Librería de Manuel Porrúa S.A., 1949. t. 2, p. 125).



cada vez mais necessário o conhecimento dos parâmetros a autorizar o administrador, em nome do interesse coletivo, a submeter o particular, servidor público ou não, a consequências que sempre vêm representar um limite à sua liberdade.

Conforme Nobre Júnior (2000, p. 128), a primeira indagação que se nos antolha condiz com a possibilidade ou não de aplicação dos cânones cristalizados, após larga elaboração histórica, pelo Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador. Faz-se, pois, imprescindível indagar se os cânones, de aplicação incontestes no Direito Penal, também encontram guarida para modular a postura sancionatória da Administração.

Neste sentido, aduz ainda Nobre Júnior (2000, p. 128) que não se duvida que crime ou delito e infração administrativa são entidades distintas em sua essência. Prova disso, portanto, são os vários critérios que foram sugeridos pela doutrina para diferenciá-las, dos quais sobressai o de adorno prático, formulado por Guido Zanobini, no sentido de que a infração administrativa não integra o Direito Penal, porque a responsabilização do infrator não é tomada concreta pela função jurisdicional, mas pelo Estado no desempenho de uma competência administrativa.

Essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado, ou seja, no âmbito do Direito Sancionador. Segue-se, em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados retores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis. Há necessidade, porém, de restarem sempre consideradas as peculiaridades das últimas.

Em semelhante sentido, aduzem Mudrovitsch e Nóbrega (2022, p. 24) que, mesmo que não se identifique o Direito Criminal com o Direito Administrativo Sancionador, à falta de identidade bastante à sobreposição, não há falar em que não haja entre eles ponto de contato, sendo este ponto de contato identificado no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

Neste sentido, e à luz de um pensamento principiológico que sirva de anteparo racional ao Direito Sancionador, aduz Nobre Júnior (2000, p. 130) que não é despidendo sustentar que as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5, §2, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas, sendo alguns deles: a) legalidade; b) tipicidade; c) culpabilidade; d) proporcionalidade; e) retroatividade da norma favorável; f) *non bis in idem*; g) *non reformatio in pejus*.

Ademais, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, estabelece a Lei de Improbidade Administrativa em seu artigo 1º, §4º, a aplicação dos princípios constitucionais do



Direito Administrativo Sancionador, que, conforme já mencionado, em paralelo com o Direito Penal, abrangem o conjunto do poder punitivo do Estado.

Nesse sentido, expressamente, preceitua-se atualmente que a ação de improbidade é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal (art. 17-D), e que não se constitui de ação civil.

Conforme Bezerra Filho (2022, p. 107), assenta-se aqui a natureza penal da sanção de improbidade, ao excluir a sua índole de ação civil para ser considerada de repressão e de penalidade. Com efeito, aduz Bezerra Filho (2022, p. 107), tratar-se de ação cível com cunho penal diante da veiculação inegável de seus efeitos sancionatórios que são próprios da jurisdição penal em razão da perda ou suspensão de bens jurídicos tutelados pelo Direito.

Sobre este ponto, desenvolve Oliveira:

A fim de poder julgar as demandas de violações aos direitos processuais a ele direcionadas, o TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) firma um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados, a fim de concretizar o conteúdo do que compreendia como matéria penal e poder, assim, decidir sobre as demandas que recebia. O Tribunal estabelece um conceito de direito penal em sentido amplo (...) o direito administrativo sancionador é entendido assim como um autêntico subsistema penal (Oliveira, p. 190).

Essa é a posição, também, de Heraldo Garcia Vitta (2013, p. 678), para quem os princípios estabelecidos para o Direito Penal, em especial no art. 5º, XL, da CF, "consubstanciam 'regramentos' absolutos, não relativizáveis; e devidos aos valores, ou princípios constitucionais, aplicam-se na seara das sanções administrativas, decorrendo, portanto, do Regime Democrático de Direito, e se legitimam na dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

Não obstante, mesmo antes da Lei 14.230/21, na Rcl 41.557 (15/12/2020), o Ministro Gilmar Mendes já afirmara que a Lei de Improbidade Administrativa era, de fato, uma importante manifestação do direito administrativo sancionador no Brasil.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, essa posição foi adotada no REsp 1.153.083, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Dje de 19/11/2014, no qual a redatora para o acórdão, a Ilustre Min. Regina Helena Costa, inaugurando a divergência, defendeu a existência no Direito Administrativo Sancionador de um princípio implícito da retroatividade da lei mais benéfica, extraído do art. 5º, XL, da CF.

Na mesma linha, Nobre Júnior (2000, p. 69) indaga se "sobrevindo à imposição de penalidade administrativa lei mais benéfica, ora por deixar de considerar o fato perpetrado como infração, ora por amenizar as consequências do ilícito, haverá de lograr incidência retrooperante?" A esse questionamento, responde afirmativamente, argumentando que "a Constituição em vigor



não deixa dúvida a respeito, asseverando ainda que o dispositivo sobranceiro, com carradas de razão frisara Régis Fernandes de Oliveira, quando ainda vigente o art. 153, § 16, da Constituição pretérita, não tem o seu conteúdo limitado a albergar o fato criminal, abrangendo também o administrativo (Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: Jurid Vellenich Ltda, ano 24, v. 175, p. 69, mar./abr. 2000.).

O art. 5º, XL, da Constituição Federal, portanto, é expresso em proclamar que a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu. Implica dizer, em outras palavras, ser a retroatividade um mandamento quando houver benefício para o acusado, franquia que o legislador não poderá coartar, sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

No MS 23.262/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/10/2014, o pleno do Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicação de um preceito de Direito Penal na seara administrativa, assentando que o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) tem vez, igualmente, no processo administrativo disciplinar.

Fato é que, conforme aduzira Bezerra Filho (2022, p. 108), a repressão à improbidade administrativa objetiva a mesma reprovação aos crimes contra a administração pública, porquanto se trata de Direito Sancionador.

Dessa maneira, arremata Bezerra Filho (2022, p. 108) afirmando que se mostra indubitosa que as sanções por ato de improbidade são de natureza penal pela definição constitucional das penas que exigem individualização para suas aplicações, vez que estão inseridas no rol da Constituição Federal por sua própria descrição, de modo que o Direito Administrativo Sancionador se embasa nos mesmos princípios instrumentais de controle do poder punitivo estatal, em situação idêntica aos regramentos do Direito Penal.

Seguindo este caminho, o §4º, do artigo 21, da LIA, incluído pela Lei 14.230/21, foi um dos dispositivos que mais inovou no ordenamento, ampliando de sobremaneira a margem de comunicabilidade/repercussão de decisões criminais sobre ações de improbidade referidas aos mesmos fatos.

Não obstante, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que suspendeu, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7236, a eficácia do §4º, artigo 21, da LIA.

Ao que se indica, a dúvida sobre a (in)constitucionalidade da referida disposição reside na sua amplitude. O dispositivo em exame faz expressa remissão ao artigo 386 do Código de Processo Penal, que estabelece as hipóteses em que o juiz absolverá o réu.





De imediato, é possível verificar que as hipóteses elencadas nos incisos I, II, IV e V, do referido art. 386, são aptas a autorizar, de maneira relativamente tranquila, a comunicação da decisão proferida no âmbito criminal para as demais esferas. Tal diálogo se justifica porque presume o legislador que a jurisdição penal, como instrumento de *ultima ratio* de controle social, possui cognição mais profunda e exauriente que as demais esferas.

Lado outro, pode-se argumentar, e acreditamos que com razão, que ao se determinar que a absolvição criminal impede o trâmite da ação civil por ato de improbidade administrativa em *qualquer* das hipóteses acima, tem-se que estaria obstada a responsabilização do agente público pela prática de ato ímprobo, por exemplo, no caso do inciso III (não constituir o fato infração penal), sendo um contrassenso, uma vez que o fato de determinada conduta não constituir infração penal não significa dizer, necessariamente, que esta mesma conduta não estaria apta a constituir infração no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Argumenta-se neste sentido, portanto, que a norma em exame violaria o princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos (*Untermass verbot*), pois o constituinte veicula imperativo de tutela ao Estado na proteção da moralidade administrativa e do patrimônio público, imposição não observada, em tese, pelo legislador ordinário.

Sob outro vértice, o princípio da vedação ao retrocesso sugere que atingido determinado nível de concretização de direito fundamental não é legítima a intervenção legislativa que recue esse grau de proteção. Antes reservado ao campo dos direitos sociais, o *efeito cliquet* atualmente é identificado nos vários campos de interesse de tutela estatal, podendo se colher da jurisprudência da Corte Suprema, menções à vedação ao retrocesso ambiental, civil, consumerista, eleitoral, e, em especial, institucional.

Analisando o mencionado dispositivo, Bezerra Filho (2022, p. 651) aduz ser certo que a simples absolvição penal não afasta ou impede automaticamente que se perquiria a responsabilização do agente pelo ato de improbidade administrativa que lhe é imputado, devendo a comunicação das decisões serem analisadas caso a caso.

Ato contínuo, na Rcl 57.215, julgada em 10/08/23, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, trancou a ação de improbidade administrativa em andamento contra o espólio de Eduardo Campos (PSB), candidato à presidência da República em 2014, falecido em um acidente aéreo em Santos (SP) durante a campanha.

Em 2012, a 2ª Turma do STF rejeitou a denúncia contra um dos acusados, o senador Fernando Bezerra Coelho (MDB-PE). Na ocasião, o Supremo assentou inicialmente que não havia



justa causa para a persecução penal. A decisão, definitiva e exauriente, teve seus efeitos estendidos para o campo do Direito Administrativo Sancionador, levando ao trancamento da ação por improbidade da qual também era alvo o senador.

Na ocasião, o STF entendeu que, se não haviam elementos mínimos à instauração da ação penal, seria inviável a continuidade de ação de improbidade em relação ao mesmo contexto. Ao analisar o pedido, o ministro Gilmar Mendes entendeu que se a premissa fática envolve o mesmo contexto objeto da ação de improbidade, autorizando inferir a equivalência, simetria e dependência dos indicadores de realidade, motivo pelo qual a compreensão adotada anteriormente para o coinvestigado deve ser estendida, havendo equivalência da causa de pedir mediata, envolvendo o liame material, o que exige resposta jurisdicional idêntica.

É de se notar, portanto, que a atual jurisprudência do STF parece aceitar esta comunicação, desde que a premissa fática envolva o mesmo contexto fático, ou seja, equivalência, simetria e dependência dos indicadores de realidade, o que nos parece acertado.

### **3 A ESTRADA MENOS PERCORRIDA E A POSSIBILIDADE DO PENSAMENTO INVERSO**

Para além de refletir e buscar solucionar para os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, é, inicialmente, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. Assim, crê-se que pensar numa política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão. Como dito na introdução, este é o princípio que rege nosso raciocínio e servirá de embasamento às conclusões futuras.

Neste sentido, inicialmente, focar-se-á na exigência de perda patrimonial efetiva e comprovada nos casos do artigo 10 (atos que causal prejuízo erário), da LIA. Isto porque, antes da Lei nº 14.230/21, o entendimento até então dominante no Superior Tribunal de Justiça era o de que, quanto ao tipo previsto no artigo 10, VIII, da lei 8.429/92, o seu descumprimento implicava não somente ofensa ao princípio da isonomia, mas verdadeiro dano *in reipsa*, vez que a Administração Pública perderia a oportunidade de escolha da proposta mais vantajosa.

O dano *in reipsa* é um dano vinculado a própria existência do fato ilícito, sendo um dano presumido, não necessitando de comprovação. Não obstante, ressalta-se que, mesmo antes da mudança legal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já parecia mudar de direção. Isso porque, a 1ª Seção daquele tinha afetado dois recursos especiais para, sob o rito dos recursos





repetitivos, dirimir controvérsia sobre dano presumido ao erário e atos de improbidade violadores das regras da licitação (para o julgamento, foram afetados os Recursos Especiais 1.912.668 e 1.914.458, de relatoria do ministro Og Fernandes).

Assim, cadastrada como Tema 1.096, a questão submetida a julgamento fora a seguinte: "Definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (*in reipsa*)".

De todo modo, o entendimento que de fato predominava era o de que, quanto ao tipo previsto no artigo 10, VIII, da lei 8.429/1992, o seu descumprimento implicava não somente ofensa ao princípio da isonomia, mas verdadeiro dano *in reipsa* ao erário.

Não obstante, após as alterações promovidas pela Lei 14.230/21, nota-se que o novel *caput* do artigo 10, bem como o seu inciso VIII, exigem agora, expressamente, o chamado dano efetivo e comprovado.

Essa perda patrimonial, efetivamente comprovada, ainda, deve vir acompanhado do necessário dolo “especial” (artigo 1º, §2º, da LIA), uma vez que, conforme aduz expressamente o novo dispositivo legal, "deve estar devidamente demonstrado a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente", excluindo, portanto, a possibilidade de punição a título de culpa, também antes possível em relação ao artigo 10.

Desse modo, o §2º do art. 1º da LIA visou dirimir, definitivamente, duas dúvidas. A uma, de que não se concebe a improbidade mediante culpa em sentido estrito; a outra, no sentido de afastar a convicção de que a voluntariedade, elemento típico das contravenções (art. 3º, primeira parte, do Decreto-lei nº 3.688/41), no sentido de que a vontade do agente apenas se volte à prática do fato, sendo irrelevante se quis ou aceitou a produção do resultado.

A sua explicitação pela Lei nº 14.230/2021 porventura decorreu para evitar outra possível preocupação, diante da existência de ponto de vista doutrinário que considera a voluntariedade como apta para servir de base à culpabilidade no plano das sanções administrativas.

Neste ponto, ressaltamos que parcela da doutrina parece avançar ao entender que houve, aqui, a exigência de um dolo especial por parte do §2º do art. 1º da LIA. Neste sentido, manifestam-se Neves e Oliveira (2022, p. 06):

Outra inovação relaciona-se com a exigência do dolo específico para configuração da improbidade, na forma do §2º do art. 1º da LIA, introduzido pela Lei 14.230/21. De acordo com a jurisprudência tradicional do STJ, firmada a partir da interpretação da redação originária da LIA, bastaria o dolo genérico para caracterização da improbidade. Com a reforma promovida pela Lei 14.230/21, o



§2º do art. 1º da LIA supera o entendimento jurisprudencial para exigir, a partir de agora, o dolo específico para configuração de improbidade.

Não obstante, fazendo paralelo com o Direito Penal, visualiza-se de Aníbal Bruno (1967, p. 63, 71) que, no dolo, tem-se uma vontade informada pela previsão do ato e do resultado. Aludindo ao dolo direto, o autor distingue, quanto à sua intensidade, entre o dolo determinado, no qual o agente previu e quis o resultado, e o dolo indeterminado que, por sua vez, afirma compreender o dolo eventual, onde o agente, não querendo propriamente o resultado, admite-o e aceita o risco de produzi-lo, e o alternativo, no qual aquele almeja um ou outro entre dois ou mais resultados possíveis.

A formulação doutrinária guarda precisa correspondência com a moldura legislativa, uma vez o art. 18, I, do Código Penal, dispor que o crime se diz doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Não passível de uma definição legal em nosso ordenamento, tem-se a categoria nominada como dolo específico, a qual, no dizer de Magalhães Noronha (2000, p. 139-140), notabiliza-se por uma vontade dirigida a um resultado que se situa fora dos atos externos de execução material do delito. É identificada, normalmente, pelo uso das expressões “com o fim de”, “com o intuito de”, ou o com o emprego da preposição *para*, como se tem em “para isto” ou “para aquilo”. À feição de exemplo, aponta o autor a diferença clássica entre os tipos de rapto de mulher honesta, constante da redação originária do Código Penal (art. 219), e o de sequestro (art. 148), tendo em vista o primeiro conter a expressão “para fim libidinoso”.

Essa conceituação, que é confirmada na seara doutrinária – mas, para alguns autores, não sem antes de escapar de críticas quanto à própria autonomia do dolo específico, por, na verdade, não passar de um elemento subjetivo do tipo –, serve para evidenciar que a inovação legislativa, ao considerar o 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”, não foi além do dolo direto, pois não traz a exigência de um fim especial de agir. Neste sentido, também se manifesta Bezerra Filho (2022, p. 41), aduzindo que o dolo adotado pela LIA, via de regra, é o dolo geral.

Em assim sendo, é de se notar, no que concernem aos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, que não há no art. 9º, caput, da LIA, nenhuma indicação de uma finalidade específica a ser perseguida além do núcleo do tipo. Não obstante, em alguns dos tipos que enumera se vê, precisamente nos incisos V, IX e X, alusão aos escopos de “tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita”, “para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer



natureza” e “para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado”. Nestas situações o dolo específico – ou, para quem assim entender, o elemento subjetivo do tipo – é imprescindível.

Semelhante remate sucede quanto aos atos dos quais resultam prejuízo em detrimento ao erário, de sorte a se constatar no art. 10, inciso XII, a expressão “para que terceiro se enriqueça ilicitamente”. Posto isso, em princípio, não cogita a LIA de dolo específico, conclusão que há de ser investigada conforme o respectivo tipo em análise.

Continuando o paralelo com o Direito Penal, para a configuração do delito tipificado no artigo 89 da Lei 8.666/1993, atual artigo 337-E, do CP (Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei), tem-se indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à administração pública. Neste sentido, manifesta-se a doutrina:

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar o ato de admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta ilegal, tendo consciência da sua ilicitude. É admissível o dolo eventual se o agente, tendo dúvida quanto à ilegalidade, assume o risco praticá-la.

A jurisprudência exige o dolo específico, a finalidade de causar prejuízo à Administração ou de beneficiar determinado contratado, em detrimento de algum dos princípios da licitação (Greco Filho; Greco; Rassi, 2021, p. 74).

Em semelhante sentido, manifesta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Na edição 134 da Jurisprudência em teses, o STJ tratou do tema Crimes de Lei de Licitações, nos seguintes termos: 1) Para a configuração do delito tipificado no artigo 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à administração pública.

Note, portanto, que neste caso, para a configuração do delito tipificado no artigo 89 da Lei 8.666/1993, exige-se cumulativamente o dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como prejuízo efetivamente demonstrado, assim como o atual artigo 10, da LIA.

Em outras palavras, a configuração do crime correlato, via de regra, exige-se um elemento a mais do que para a configuração do ato ímprobo: dolo especial. Ao no entender, isso faz todo sentido, uma vez que seria o Direito Penal *aultimaratio*, à luz dos princípios da intervenção mínima e fragmentariedade.

Por sua vez, o artigo 337-F do Código Penal (antigo artigo 90, da Lei 8.666/93) tipifica o crime de fraude à licitação com sendo a conduta de frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para



si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório.

Consuma-se o delito previsto no artigo 337-F com a prática de qualquer ato voltado à frustração ou à fraude do caráter competitivo de uma licitação. Não se exige, pois, a efetiva obtenção da vantagem decorrente da adjudicação, nem tampouco que se demonstre o prejuízo ao erário. É esta, pois, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, o art. 90 desta lei não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. De fato, a ideia de vinculação de prejuízo à Administração Pública é irrelevante, na medida em que o crime pode se perfectibilizar mesmo que haja benefício financeiro da Administração Pública. (REsp nº 1.484.415/DF, min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 22/2/2016), não havendo falar em necessidade de comprovação de prejuízo à Administração ou mesmo em obtenção de lucro pelos agentes (Brasil. **AgRg no REsp 1.824.310/MG**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 9/6/2020).

A Súmula 645 do STJ, por sua vez, consolida essa orientação estabelecendo que o crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem.

Com a definição da natureza formal, o delito em alude pode ocorrer mesmo sem que se realize qualquer tipo de dano ao erário, ou seja, mesmo que não haja condenação na esfera administrativa.

O tipo penal incriminador descreve, portanto, uma conduta que tem por objetivo a distorção do regular processo competitivo mediante fraude ou mesmo a frustração de um processo licitatório e a finalidade de obter vantagem (para si ou para outrem) está atrelada ao êxito em vencer o processo licitatório em detrimento dos demais concorrentes, porém, independentemente de ser ou não o vencedor, caso reste configurada fraude ou frustração por parte de um dos concorrentes, este responde pelo delito.

Fazendo um paralelo com a Lei de Improbidade, tem-se que o artigo 337-F do Código Penal assemelha-se, atualmente, ao atual artigo 11, inciso V, da LIA.

Não obstante, no que se refere aos tipos do art. 11 da LIA, é de notar ainda o acréscimo dos parágrafos abaixo:

§ 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.** (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a **demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.** (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo **exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos** (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (grifo nosso).

Neste sentido, o aspecto explicitado pelo legislador no §1º tem ensejado a compreensão de que, em se tratando de ato de improbidade por violação a princípio informador da função administrativa, a sua configuração pressupõe, de fato, dolo específico.

Note, ainda, que conforme o §4º, os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento.

Em ambos os casos (Penal e Administrativo Sancionador), não há previsão de aferição de vantagem pecuniária, de modo direto, ou mesmo a possibilidade de causar prejuízos ao erário. A tutela recai sobre o processo licitatório em si, visa a proteção de princípios como a legalidade e a moralidade.

Não obstante, no caso do artigo 337-F, do Código Penal, atualmente, exige-se tão somente o dolo geral. Neste sentido, manifestam-se Greco Filho, Greco e Rassi (2021, p. 101), afirmando que o elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de saber que frustrará o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Assim, conforme demonstrado, a jurisprudência do STJ entende que o delito descrito no antigo art. 90 da Lei n. 8.666 /1993, e atual artigo 337-F, do Código Penal, é formal, bastando para se consumar a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente da demonstração de prejuízo ao erário e do dolo específico do agente.

Por sua vez, para condenação do artigo 11, V, da LIA, exige-se o dolo específico, nos termos do §1º, do artigo 11, além de exigir lesividade relevante ao bem jurídico tutelado, nos termos do §4º.

Aqui, surgem alguns questionamentos interessantes: a) seria razoável exigir tão somente o dolo geral para a condenação prevista no artigo 337-F, do Código Penal, enquanto que para condenação do artigo 11, V, da LIA, exige-se o dolo específico? b) um agente absolvido em uma ação de improbidade administrativa proposta com base no artigo 11, V, da LIA, por ausência de



lesividade relevante ao bem jurídico tutela do estaria apto a responder, pelos mesmos fatos, na seara criminal?

Neste sentido, e de modo a fomentar a discussão, tem-se que o preceito secundário do artigo 337-F, do Código Penal, traz uma pena de reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. Como um tipo penal desta natureza e envergadura poderia ter requisitos mais brandos que para caracterização do artigo 11 da LIA, que trazem os tipos de improbidades mais leves?

Acreditamos que há aqui uma contradição no modo de interpretação das leis, nos termos propostos por Fuller (2022, p. 83), ferindo, portanto, a moralidade interna do Direito. Nas palavras de Fuller (2022, p. 88), deve-se levar em conta todo o cenário institucional do problema – legal, moral, político, econômico e sociológico – na determinação de eventuais incompatibilidades sistêmicas.

Deve-se, portanto, pensar um regime jurídico de núcleo comum à potestade sancionatória da Administração Pública e à potestade penal do Poder Judiciário, entendendo assim pela integridade do Direito Sancionador, à luz dos princípios gerais que fundamentem o ramo do Direito Punitivo único.

Conforme menciona Xavier (2018, p. 44), a doutrina da unidade do Direito Sancionador é argumento em favor da racionalização de um sistema de princípios, conciliados os fundamentos e limites para aplicações de sanções administrativas e penais, especialmente, à luz dos fenômenos da administrativização do Direito Penal e/ou aumento do poder administrativo sancionador, de forma a manter a integridade e coerência deste sistema.

Coerência e integridade são conceitos, por sua vez, respectivamente ligados à consistência lógica que cada decisão deve manter com casos semelhantes e à exigência de que os juízes construam seus argumentos de modo integrado ao Direito como um todo, numa perspectiva ajuste de substância (Streck, 2017, p. 34).

Assim, quando falamos em princípio da *ultimaratio* como princípio norteador do Direito Penal, no sentido de que a lei penal se aplica quando somente ela é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los à altura da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, bem como, do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, defende-se que, não sendo a conduta passível de punição no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, em decorrência seja da ausência de dolo específico, seja da inexistência de lesividade relevante ao bem jurídico tutelado, não há se falar em possibilidade desta mesma conduta ser punida no âmbito do Direito Penal, desde que, novamente, a premissa fática envolva o mesmo contexto fático (equivalência, simetria e dependência dos indicadores de realidade).





Neste sentido, recentemente, no RHC 173.448, julgado em 07/03/2023, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu por trancar uma ação penal, em virtude de ausência de justa causa, face à absolvição do acusado na ação de improbidade administrativa correlata, pela ausência de elemento subjetivo.

No caso, restara demonstrado na ação de improbidade correlata que o Ministério Público não teria se desincumbido de seu ônus probatório, ao não comprovar que determinada pessoa, na qualidade de terceiro (artigo 3º da lei 8.429/99), teria agido dolosamente para induzir ou concorrer para a prática do ato de improbidade administrativa ou dele se beneficiado diretamente.

Dessa forma, como a ação penal recaiu sobre o mesmo fato, a mencionada decisão do STJ entendeu pela ausência de justa causa, argumentando que a inexistência de dolo na esfera civil não pode ser ignorada na esfera penal, uma vez que a tipicidade discutida no âmbito penal não admite a modalidade culposa. Vejamos:

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça cristalizou-se no sentido de que as esferas civil, penal e administrativa são independentes e autônomas entre si, de tal sorte que as decisões tomadas nos âmbitos administrativo ou cível não vinculam a seara criminal" (EDcl no AgRg no REsp nº 1.831.965/RJ, relatora ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 18/12/2020.). É pertinente, todavia, na esfera penal, considerar os argumentos contidos na decisão absolutória na via da improbidade administrativa como elementos de persuasão (Brasil. REsp n. 1.847.488/SP. Relator ministro Ribeiro Dantas, julgado em 20/4/2021. **DJe** 26/4/2021).

(...)

Nessa linha de intelecção, não é possível que o dolo da conduta em si não esteja demonstrado no juízo cível e se revele no juízo penal, porquanto se trata do mesmo fato, na medida em que a ausência do requisito subjetivo provado interfere na caracterização da própria tipicidade do delito, mormente se se considera a doutrina finalista (que insere o elemento subjetivo no tipo), bem como que os fatos aduzidos na denúncia não admitem uma figura culposa, culminando-se, dessa forma em atipicidade, ensejadora do trancamento ora visado.

No caso, a decisão da Corte Cidadã entendeu não ser possível que o dolo da conduta do acusado sobre os mesmos fatos discutidos na ação de improbidade administrativa, que reconhecidamente não fora demonstrado, revele-se depois no juízo penal, porquanto se trata do mesmo fato.

Ademais, é imperioso observar que o RHC 173.448 não vinculou a ação penal à ação de improbidade; apenas utilizou-a para a análise probatória da justa causa da ação penal, uma vez que versavam sobre os mesmos fatos.

Portanto, reconhecida a ausência de elemento subjetivo em ação de improbidade correlata sobre os mesmos fatos, e sendo este elemento subjetivo um dos elementos do tipo, a consequência óbvia é que deixa de existir uma das condições da ação penal.



Por fim, acredita-se ser possível o diálogo entre as espécies do Direito Sancionador, e que a jurisprudência deve caminhar no sentido de manter a coerência, integridade e moralidade interna do Direito. Ainda, acredita-se que, a partir das alterações promovidas pela Lei 14.230/21, o artigo 337-F agora exige o dolo específico<sup>4</sup>. Por sua vez, ante a inexistência de lesividade relevante ao bem jurídico tutelado no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, não há se falar em possibilidade desta mesma conduta ser punida no âmbito do Direito Penal, desde que, novamente, a premissa fática envolva o mesmo contexto fático (equivalência, simetria e dependência dos indicadores de realidade).

#### 4 CONCLUSÃO

Num dos melhores escritos sobre a Revolução Francesa, Gabrielle, neta, dirigindo-se a Michel Vovelle, seu avô, que sobre aquela lecionou por mais de quarenta anos, pergunta: "Vovô, o que é uma revolução?" A resposta foi direta: "Diferentemente da revolta, a revolução muda o curso da história de um país (Vovelle, p. 10-11).

É de se refletir que tal definição não se circunscreve à política, somente. Outros segmentos dos estudos científicos também podem apresentar iniciativas do gênero. O Direito, pela influência que sofre dos imperativos da realidade, não se encontra inteiramente ao largo da combustão revolucionária. De tempos em tempos, os sistemas jurídicos precisam de ajustes, para que a sua eficácia perante os seus destinatários e aplicadores não resulte desprestigiada.

O tempo vai dizer, portanto, se as alterações promovidas pela Lei 14.230/21 se tratam de uma revolução, mudando o curso da história de uma jurisprudência e da forma de agir dos órgãos de controle ou se, de fato, estar-se-ia a falar de uma simples revolta, um *backlash* da classe política tradicional às interpretações dadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que tornaram mais severas as sanções previstas em lei e autorizaram uma persecução generalizada dos gestores públicos, causando o chamado "apagão das canetas".

Por fim, independente da estrada percorrida ou da natureza deste evento, acredita-se que seja possível concluir que há, no mínimo, um elo principiológico que une estas duas esferas, por questão de moralidade interna, coerência e integridade sistêmica, tendo tal fato se tornado mais nítido com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21.

#### REFERÊNCIAS

---

<sup>4</sup> Neste ponto, ressaltamos que a Jurisprudência já parece se inclinar neste sentido. A jurisprudência do TJCE, por exemplo, exige o dolo específico para a configuração do artigo 337-F, do Código Penal.



ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2016.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de Improbidade Administrativa**. Salvador: Juspodivum, 2022.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral (fato punível). 3. ed. Rio: Forense, 1967. t. 2, p. 63-71.

FROST, Robert. **The roadnottaken**. Mountain interval, 1992.

FULLER, Lon L. **A moralidade do Direito**. Editora Contracorrente, 2022.

GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Ana Marcia; RASSI, João Daniel. **Dos crimes em licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Lei de improbidade administrativa comentada**: de acordo com a reforma pela Lei 14.230/21. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 219, p. 127-151, 2000.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 139-140.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**. 2012. p. 190

ROJAS, Andres Serra. **Derecho Administrativo**: doctrina, legislacion y jurisprudencia. 4. ed. Cidade do México: Libreria de Manuel Porrúa S.A., 1949. t. 2, p. 125.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 34.

VITTA, Heraldo Garcia. A atividade administrativa sancionadora e o princípio da segurança jurídica. In: Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira, Augusto Neves Dal Pozzo (org.). **Tratado sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 678.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa explicada à minha neta**. Unesp, 2005, p. 10-11.

XAVIER, Marília de Araújo Barros et al. **Direito sancionador**: estudos no Direito tributário, 2018.

