

ano 24 – n. 96 | abril/junho – 2024
Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v24i96
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Revisão: Maria Elizabete de Sousa
Diagramação: Derval Braga

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Dolo e culpa nas infrações administrativas: uma revisão

Intent and guilt in administrative infractions: a review

Leandro Sarai*

Escola da Advocacia-Geral da União (Brasília-DF, Brasil)
leandro.sarai@yahoo.com.br
<https://orcid.org/0000-0001-6742-1051>

Recebido/Received: 10.08.2023 / 10 August 2023

Aprovado/Approved: 19.06.2024 / 19 June 2024

Resumo: O artigo, por meio dos métodos hipotético-dedutivo e indutivo, investiga o elemento subjetivo das infrações administrativas. Colocou-se como hipótese para teste a proposição de que as infrações administrativas somente se configurariam por dolo, quando não houvesse previsão legal expressa sobre o elemento subjetivo exigido. Foi analisado o elemento subjetivo nos ilícitos penais, civis e tributários. Formulou-se uma classificação das infrações administrativas. Foram testadas três proposições de outros autores. Concluiu-se que a hipótese não se confirmou, mas foi possível estabelecer outras proposições gerais, além de orientar a solução de alguns casos.

Palavras-chave: Dolo. Culpa. Elemento subjetivo. Infrações administrativas. Direito Administrativo Sancionador.

Abstract: The article, through the hypothetical-deductive and inductive methods, investigates the subjective element of administrative infractions. The hypothesis for testing was the proposition that administrative infractions would only be configured by intent when there was no express legal provision on the subjective element required. The subjective element in criminal, civil and tax offenses was analyzed. A classification of administrative offences has been formulated. Three propositions of other authors were tested. It is concluded that the hypothesis was not confirmed, but it was possible to establish other general propositions, in addition to guiding the solution of some cases.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* SARAI, Leandro. Dolo e culpa nas infrações administrativas: uma revisão. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 165-184, abr./jun. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i96.1853.

* Professor credenciado da Escola da Advocacia-Geral da União (Brasília-DF, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Banco Central. Membro da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União.

Keywords: Deceit. Blame. Subjective element. Administrative offences. Administrative Law Sanctioning.

Sumário: Introdução – **1** Dolo e culpa nos ilícitos penais, civis e tributários – **2** Classificação dos ilícitos administrativos – **3** Algumas proposições a serem testadas – **4** Somente com dolo há infração quando a lei é obscura? – Conclusão – Referências

Introdução

No presente artigo, por meio dos métodos hipotético-dedutivo e indutivo,¹ procuraremos tratar principalmente do elemento subjetivo nas infrações administrativas, a fim de contribuir com uma teoria geral do Direito Administrativo Sancionador, além de rever nossa posição a respeito do tema. Até então vínhamos sustentando que, na ausência de previsão legal sobre o elemento subjetivo do tipo administrativo, a infração somente se configuraria por dolo. Porém, ampliando nossa pesquisa, verificamos não apenas o cabimento, mas até a necessidade de, em alguns casos, ser admitido o apenamento por culpa e até mesmo a responsabilização objetiva, apesar de a lei não ser clara a respeito.²

Assim, a hipótese a ser testada é a proposição segundo a qual as infrações administrativas em que haja obscuridade da lei quanto ao elemento subjetivo exigido somente se configuram por dolo. Além de testar essa hipótese, procuraremos testar algumas proposições de outros autores e, a partir de alguns exemplos, tentar formular, indutivamente, proposições gerais a respeito do tema.

Talvez, em razão da ausência de um Código de Direito Administrativo, não haja uma sistematização dos principais elementos das infrações administrativas, fato que dificulta a construção de uma teoria geral sobre o assunto. Uma teoria deve explicar um objeto de estudo em sua totalidade, abarcando todo e qualquer exemplo a ele relativo. Para que a teoria seja geral, somente os elementos comuns a todos os casos devem ingressar nela. Quanto maior a multiplicidade e a diversidade desses casos, menor será o número desses elementos comuns.

Em razão da complexidade do tema, dividiremos este artigo em cinco partes, além desta introdução. Na primeira parte, examinaremos como o elemento subjetivo do ilícito aparece no Direito Penal, no Direito Civil e no Direito Tributário.

¹ MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62; 68.

² O texto representa opinião acadêmica pessoal de seu autor, não tendo relação com a posição das instituições com as quais mantém vínculo. Cf. CABRAL, F. G.; SARAI, L. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Leme/SP: Mizuno, 2023, p. 701; 769-771.

A seguir, na seção 2, formularemos uma classificação geral das infrações administrativas.

Na seção 3, procuraremos analisar algumas proposições já existentes sobre o elemento subjetivo das infrações administrativas.

A seção 4 testará os limites de validade da hipótese acima sobre a exigência geral de dolo nos casos de omissão legislativa sobre o elemento subjetivo, além de buscar formular algumas proposições gerais sobre o tema.

A conclusão recolherá os resultados obtidos na pesquisa.

1 Dolo e culpa nos ilícitos penais, civis e tributários

Nos ramos do Direito Penal, do Direito Civil e mesmo do Direito Tributário, encontramos normas expressas que facilitam a construção de uma teoria geral a respeito dos elementos subjetivos exigidos para a configuração dos respectivos ilícitos.

O art. 18,³ inc. I, do Código Penal (CP), define o crime doloso como aquele em que o autor, com vontade livre e consciente, causa o resultado ou assume o risco de causá-lo. O inc. II desse mesmo artigo esclarece que o crime é culposo quando o resultado é causado por imprudência, negligência ou imperícia. Por sua vez, o parágrafo único desse art. 18 é de salutar importância por fixar uma regra geral, segundo a qual, quando a lei nada prevê sobre o elemento subjetivo do crime, este somente pode ser punido em caso de dolo. Tudo isso sem contar todo tratamento das hipóteses de omissão. A partir dessas disposições legais, é possível formular uma proposição geral de que, na falta de menção sobre o elemento subjetivo exigido para configuração do ilícito penal, conclui-se que o elemento exigido é o dolo.

No Código Civil, também há uma regra geral importante prevista no art. 186. Referida regra prevê que o ilícito se configura nas ações e omissões não só por dolo, mas também por culpa, ensejando, segundo o art. 927 do CC, o dever de reparação. Como se vê, diferentemente do CP, a regra geral aqui, na omissão da lei quanto ao elemento subjetivo, admite a responsabilização tanto por dolo quanto por culpa. Existem também na legislação sobre responsabilidade civil situações excepcionais em que o violador de um direito responde pelo dever de reparação, independentemente de dolo ou de culpa, como no caso em que sua atividade,

³ A imperfeição do art. 18 está no fato de, aparentemente, tratar apenas dos delitos de resultado e não dos delitos de atividade (crimes formais e de mera conduta). Alguns autores, contudo, sustentam que o resultado mencionado no dispositivo também abrangeria o resultado normativo, ou seja, a lesão a um bem jurídico.

pela própria natureza, implicar riscos a outrem, ou no caso de danos causados por produtos postos em circulação por empresas (art. 927, parágrafo único, e art. 931 do CC, respectivamente). Há ainda normas de responsabilidade objetiva, por exemplo, nos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e no §1º do art. 14 da Lei nº 6.938/1981.

Em todos esses casos de responsabilidade objetiva, o legislador quis evitar que as vítimas ficassem sem indenização em razão da dificuldade de provar o elemento subjetivo (culpa em sentido amplo) dos responsáveis. Com essas normas, os responsáveis são levados a terem mais cuidado e, tratando-se de atividades empresariais, os custos decorrentes desses cuidados normalmente podem ser repassados aos preços dos bens e serviços. No entanto, deve-se notar que essas previsões legais dizem respeito apenas ao dever de reparação, ao ilícito civil, e não aos demais tipos de ilícitos e respectivas sanções. Assim, a responsabilidade pela reparação de dano ambiental, segundo o citado §1º do art. 14 da Lei nº 6.938/1981, por exemplo, é de natureza objetiva, mas não, com base nessa norma, a punição pelos ilícitos administrativos ambientais.⁴ Diante dessas normas, a proposição geral válida para a responsabilização civil, ou seja, para a fixação do dever de reparação é a de que tais ilícitos, quando a lei silenciar sobre o elemento subjetivo exigido, podem ser configurados por dolo ou culpa, sendo que a responsabilidade objetiva somente ocorre mediante previsão expressa.

Por sua vez, o art. 136 do Código Tributário Nacional (CTN) prevê que, em regra, a “responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável”. A regra geral aqui, então, é que o elemento subjetivo é irrelevante para a configuração da infração tributária. Todavia, buscando proteger aqueles de boa-fé, o art. 138 do CTN exclui a responsabilidade se o infrator denunciar a infração e recolher o tributo com os respectivos encargos legais antes do procedimento de apuração ou de fiscalização.

2 Classificação dos ilícitos administrativos

Apoiando-se principalmente em todo o desenvolvimento científico alcançado no âmbito do Direito Penal, pode-se trazer para cá uma primeira divisão importante para os ilícitos administrativos entre os comissivos e os omissivos. Outra divisão

⁴ FREZZA, E. A.; VILLAR, P. C. Natureza jurídica da responsabilidade por infração administrativa ambiental. *Revista de Ciências Sociais e Jurídicas*, ISSN 2674-838X, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/revistadecienciasociaisjuridica/article/view/1637>. Acesso em: 10 ago. 2023.

é aquela que separa os ilícitos materiais ou de resultado e os ilícitos de atividade (quando o tipo não exige um resultado para a consumação). Associando essas divisões com as modalidades culposa⁵ e dolosa, é possível obter no plano abstrato oito combinações:

A infração (1) comissiva material dolosa encontra exemplo no art. 229 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503/97: “Art. 229. Usar indevidamente no veículo aparelho de alarme ou que produza sons e ruído que perturbem o sossego público, em desacordo com normas fixadas pelo CONTRAN”. A infração depende de um comportamento ativo (usar), ou seja, é comissiva. É material, porque exige o resultado de produzir sons e ruído que perturbam o sossego público. E a possibilidade de sua ocorrência por dolo é evidente.

A infração (2) comissiva material culposa pode ser encontrada no art. 34, inc. IX, da Lei nº 8.906/94, que prevê como infração disciplinar “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio”. A possibilidade de o prejuízo ocorrer por ação parece clara. O prejuízo é o resultado exigido para configuração do ilícito. A modalidade culposa consta expressamente do tipo. Outro exemplo estaria no art. 52 da CLT, que prevê: “Art. 52 – O extravio ou inutilização da Carteira de Trabalho e Previdência Social por culpa da empresa sujeitará esta à multa de valor igual à metade do salário mínimo regional”. A natureza comissiva decorre dos próprios verbos. O resultado exigido é o extravio ou a inutilização. A culpa está expressa.

A infração (3) comissiva de atividade dolosa pode ser encontrada no art. 194 do CTB, que prevê: “Art. 194. Transitar em marcha a ré, salvo na distância necessária a pequenas manobras e de forma a não causar riscos à segurança: [...]”. Exige-se conduta comissiva de conduzir o veículo em marcha a ré. O tipo não exige um resultado para sua configuração, mas apenas a conduta. A possibilidade de configuração por dolo é evidente.

A infração (4) comissiva de atividade culposa também é, em tese, de possível configuração, embora seja mais rara. Mesmo no Direito Penal, a doutrina costuma apontar um único exemplo de crime formal culposo, que seria o previsto no art. art. 38 da Lei nº 11.343/06, que prevê: “prescrever [...] culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...]”. Talvez no Direito Administrativo

⁵ Embora voltado ao Direito Penal, merece menção o estudo de Heleno Fragoso sobre o tema dos ilícitos penais culposos. Nele, fica claro que, enquanto no dolo a reprovabilidade é da própria intenção, na culpa se reprova a conduta que descumpra um dever de cuidado objetivo (FRAGOSO, Heleno C. *Estrutura do crime culposo*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 13, n. 51, p. 151-156, jul./set. 1976, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180899>. Acesso em: 10 ago. 2023).

Sancionador possa ser dada como exemplo a infração do art. 34, inc. V, da Lei nº 8.906/94, que prevê: “assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado”. Assinar é conduta comissiva. Em princípio, pode-se sustentar que a infração não exige nenhum resultado naturalístico. A possibilidade da modalidade culposa decorreria da regra geral do art. 32 dessa Lei.

A possibilidade de haver uma infração (5) omissiva material dolosa é controvertida. É que no mundo fenomênico mecânico não se pode admitir uma omissão como causa. Por isso, mesmo no Direito Penal, somente se admite crime omissivo material quando o autor tem o dever de impedir o resultado. Ainda assim, a doutrina denomina esses crimes de “omissivos impróprios”, justamente para destacar que não é de fato uma omissão que está causando o resultado.⁶ A estrutura dessa infração exige, além do elemento subjetivo, a imposição de um dever e a descrição de um resultado associado ao descumprimento desse dever. No âmbito administrativo, talvez o art. 155, inc. II, da Lei nº 14.133/21, possa ser um exemplo, ao considerar infração administrativa “dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo”. Se o contratado não executa o contrato, essa conduta é omissiva e pode ser enquadrada nesse tipo. Essa infração somente se caracteriza se ocorrer como resultado um dano grave, que poderia ser evitado pela execução do contrato. A possibilidade de a inexecução ser dolosa não encontra maiores discussões.

A infração (6) omissiva material culposa encontra iguais dificuldades de configuração da anterior e a ela se aplicam as mesmas considerações. Inclusive o mesmo exemplo do art. 155, inc. II, da Lei nº 14.133/21, pode ser usado aqui, pois o art. 111, parágrafo único, inc. I, da mesma Lei poderia servir de norma de complemento para autorizar a punição por culpa.

A infração (7) omissiva de atividade dolosa – apesar do nome um tanto quanto contraditório – encontra exemplo claro no art. 249 da Lei nº 8.069/90: “Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”. A descrição do tipo indica claramente

⁶ Embora o tema do presente artigo seja as infrações administrativas, não se pode deixar de mencionar o excelente estudo de Juarez Tavares sobre os ilícitos penais omissivos e as diversas questões que eles impõem: TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, v. 4, p. 123-159, 1996. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Juarez_Tavares.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

que é uma inação que caracteriza a infração. Ela não exige resultado, e o elemento subjetivo do tipo está expresso. O art. 155, inc. III, da Lei nº 14.133/21 também pode servir de exemplo, pois considera infração “dar causa à inexecução total do contrato”. Apesar da redação da norma, é possível sustentar que deixar de executar o contrato poderia ser enquadrado como dar causa a sua inexecução. Nesse tipo, não se exige resultado naturalístico. A possibilidade de a omissão ser dolosa não parece despertar dúvida.

Finalmente, a infração (8) omissiva de atividade culposa também está presente no art. 155, inc. III, da Lei nº 14.133/21. A possibilidade de sua punição por culpa teria por fundamento o art. 111, parágrafo único, da mesma Lei. Cabe destacar que no Direito Penal se admite teoricamente que a lei possa estabelecer tipos omissivos próprios culposos, mas não encontramos exemplo em nossa legislação atual.⁷

Por certo que infrações omissivas ou comissivas, de atividade ou de resultado, também podem admitir responsabilização objetiva, a depender da configuração da lei em que se inserem e do nível de proteção exigido pelo bem jurídico, como veremos na terceira parte deste estudo.

Assim, analisadas todas essas hipóteses, verificou-se no plano teórico a possibilidade abstrata de sua configuração. Contudo, o plano prático pode levar a situações em que a norma é de impossível incidência. Por exemplo, o art. 34, inc. XII, da Lei nº 8.906/94, prevê que constitui infração disciplinar “recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública”. De acordo com o art. 32 da Lei nº 8.906/94, pode-se sustentar que, em tese, todas as infrações nela previstas podem ser punidas tanto por dolo quanto por simples culpa. Porém, fica difícil imaginar uma recusa culposa para configurar a infração do art. 34, XII.

Essa classificação mostra como a lei pode usar configurações variadas para os tipos administrativos. No entanto, ela não soluciona a questão de determinar, em cada caso, qual o elemento subjetivo exigido – e mais especificamente se é possível punir por culpa quando a norma não traz expresso esse elemento –, algo que começaremos a tratar mais adiante.

3 Algumas proposições a serem testadas

Como visto na primeira parte deste artigo, há proposições gerais sobre os

⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre os delitos omissivos. *Quaestio Juris*, v. 4, p. 77-90, 2006, Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/3931>. Acesso em: 10 ago. 2023.

elementos subjetivos exigidos para a configuração dos ilícitos penais, civis e tributários com alto grau de precisão. Porém, como veremos agora, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, há dificuldade para a elaboração de proposições gerais, em razão da ausência de normas gerais a respeito.

Uma primeira proposição estaria presente no entendimento de alguns autores que defendem que o elemento subjetivo exigido para a configuração das infrações administrativas seria a *voluntariedade*, cujo conceito seria distinto de dolo e de culpa. Essa voluntariedade seria o *animus* de praticar a conduta ilícita, com consciência de sua ilicitude e com possibilidade de conduta diversa.⁸

Ocorre que a consciência da ilicitude, juntamente com a vontade livre de praticar a ilicitude enquadram-se perfeitamente no conceito de dolo. Por outro lado, a proposição acaba, de certa forma, por desconsiderar a existência no ordenamento jurídico de infrações administrativas culposas, salvo se considerar-se a vontade do agente na prática da conduta descuidada. Em suma, a voluntariedade é insuficiente para explicar o elemento subjetivo.⁹

Não se nega que mesmo em infrações culposas exista a intenção do agente em praticar uma conduta, no entanto, na culpa, o agente não tem em seu horizonte a previsão nem a intenção de cometer um ilícito. De todo modo, a voluntariedade somente pode ser admitida como um critério para afastar condutas involuntárias, reflexas ou automáticas.

A segunda proposição importante, encontrada na doutrina, parece afastar a necessidade de dolo ou de culpa para configuração do ilícito administrativo,¹⁰ como a que afirma que “a regra é de inexigibilidade de culpa ou dolo para caracterização da

⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 814-815; FERREIRA, D. Infrações e sanções administrativas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. de A.; FREIRE, A. L. (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., V. S.; ZOCKUN, M.; ZOCKUN, C. Z.; FREIRE, A. L. (Coord. de tomo). São Paulo: PCI/SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>.

⁹ No mesmo sentido: MELLO, R. M. de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, p. 42. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624>. Acesso em: 10 ago. 2023.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 814-815; FERREIRA, D. Infrações e sanções administrativas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. de A.; FREIRE, A. L. (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., V. S.; ZOCKUN, M.; ZOCKUN, C. Z.; FREIRE, A. L. (Coord. de tomo). São Paulo: PCI/SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>. OLIVEIRA, R. F. de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985 *apud* MELLO, R. M. de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, p. 42. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624>. Acesso em: 10 ago. 2023; CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 309.

infração administrativa”.¹¹ Fica difícil, contudo, sustentar essa inexigibilidade quando ela se defronta com dispositivos legais como o art. 249 da Lei nº 8.069/1990,¹² o art. 32 da Lei nº 8.906/1994¹³ e o art. 52 da CLT,¹⁴ que expressamente trazem esses elementos subjetivos.

Mais do que isso, a proposição faria ficar sem sentido ou utilidade todas as normas que preveem os ilícitos administrativos culposos e, mais grave, todas as normas que trazem expressas hipóteses de responsabilidade objetiva.¹⁵

Talvez, por isso, tal proposição deva ser tomada no sentido de que a regra seria a inexigibilidade da *prova direta* do dolo ou da culpa para a caracterização da infração, o que seria diferente de dispensar os próprios elementos subjetivos. A fim de testar essa nova proposição para analisar sua validade, tomamos um exemplo mais concreto de infração administrativa. Uma câmera flagra um veículo avançando o sinal vermelho do semáforo. As imagens da câmera são prova suficiente para a autuação e elas autorizam a aplicação da penalidade correspondente, caso a defesa não seja apresentada ou aceita, porque o art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) exige apenas a constatação desses elementos fáticos objetivos da infração. Isso, todavia, não significa que o elemento subjetivo seja irrelevante. Em primeiro lugar, porque a lei parte do pressuposto daquilo que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*), ou seja, se um veículo avança o sinal vermelho, pressupõem-se que alguém o conduziu dessa forma. Em segundo lugar, porque, caso o autuado comprove, por exemplo, a inexigibilidade de conduta diversa ou a ausência do elemento subjetivo, o auto de infração deverá ser anulado. Basta imaginar situações em que um motorista está com um criminoso dentro de seu veículo e é obrigado a avançar o sinal vermelho ou em que o veículo avança o sinal vermelho porque é arremessado para frente em razão de uma colisão traseira. A Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a propósito, já considerou nulo um auto de infração de trânsito, porque o infrator teria cometido a infração levando

¹¹ FERREIRA, D. Infrações e sanções administrativas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. de A.; FREIRE, A. L. (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., V. S.; ZÖCKUN, M.; ZÖCKUN, C. Z.; FREIRE, A. L. (Coord. de tomo). São Paulo: PCI/SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>.

¹² “Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: [...]”

¹³ “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.”

¹⁴ “Art. 52 – O extravio ou inutilização da Carteira de Trabalho e Previdência Social por culpa da empresa sujeitará esta à multa de valor igual à metade do salário mínimo regional.”

¹⁵ Na responsabilidade objetiva, o agente responde pelo simples fato de ter causado o ilícito, independentemente de dolo ou culpa, embora haja possibilidade de algumas excludentes de responsabilidade (CABRAL, F. G.; SARAI, L. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Leme/SP: Mizuno, 2023, p. 813-818).

sua esposa em trabalho de parto para o hospital.¹⁶

Fica evidente, dessa forma, que dispensar a prova do elemento subjetivo para a instauração do processo administrativo é algo bem distinto de afirmar que esse elemento subjetivo seja irrelevante ou inexigível para a configuração da infração administrativa, pois, nesse último caso, mesmo que o acusado provasse a ausência do elemento subjetivo, a infração seria mantida. Na prática, acabaria havendo responsabilização objetiva.

Assim, quanto a essa segunda proposição, o que se poderia afirmar de modo geral seria que, salvo disposição legal em sentido diverso, para fins de autuação, exige-se apenas a constatação dos elementos objetivos descritos no tipo administrativo.¹⁷ Os elementos subjetivos, quando não há previsão legal de responsabilidade objetiva, poderão ser debatidos e apreciados após a defesa do autuado, segundo os elementos empíricos constatados e demonstrados no processo. Não se pode negar que há certo subjetivismo ao apreciar o elemento subjetivo,¹⁸ mas se não for possível provar a presença desse elemento, não caberá punição.

O ônus da prova é dinâmico, seguindo, na ausência de disposição específica, as normas do Código de Processo Civil, que em seu art. 15 determina sua aplicação subsidiária aos processos administrativos. No âmbito federal, a Lei nº 9.784/99 trata da instrução do processo nos arts. 29 a 47 e também deixa clara a distribuição dinâmica do ônus, de modo a se alcançar mais facilmente a verdade.

A grande discussão que pode haver em relação às infrações administrativas em geral e no caso das infrações de trânsito, em particular, seria sobre a possibilidade de punição por mera culpa, quando essa possibilidade não estiver clara. Essa questão nos leva à próxima proposição.

Essa proposição é formulada especificamente para as infrações administrativas disciplinares da Lei nº 8.112/1990 e consta do “Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União”. Segundo ele, seria possível a punição tanto por dolo quanto por culpa a depender “das características próprias” e “da interpretação da gravidade” de cada infração.¹⁹

¹⁶ Acórdão n. 1056186, 07039653220178070016, Relator Juiz Edilson Enedino das Chagas, 2ª Turma Recursal, data de julgamento: 25/10/2017, publicado no PJe: 30/10/2017.

¹⁷ Nesse sentido: “PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PORTARIA INAUGURAL. DESCRIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO RELATIVO AO DOLO OU À CULPA QUANDO DA PRÁTICA DA CONDUTA FUNCIONAL. DESNECESSIDADE” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 24138/PR – 2007/0107695-0. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 6/10/2009, publicado em 3/11/2009).

¹⁸ KHADER, E. M. *A prova do dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UERJ, Rio de Janeiro, 2012, Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9570>. Acesso em: 10 ago. 2023.

¹⁹ “Em sede penal, a regra é que a conduta somente configurará crime quando nela tiver sido empregada uma das formas de dolo, sendo expresso que a lei sempre irá determinar os crimes passíveis de serem cometidos

Essa conclusão decorre do fato de não haver nessa Lei uma norma geral, a exemplo da constante no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, que somente permite punir por culpa quando a própria infração penal já descreve essa possibilidade. De fato, de modo geral, quando um tipo administrativo prevê expressamente determinado elemento subjetivo, seja ele dolo ou culpa, somente haverá tipicidade se esse elemento estiver presente. Mesmo quando o tipo não prevê esses elementos subjetivos, em alguns casos, a descrição da conduta possibilita identificar o elemento subjetivo exigido. Por exemplo, a infração disciplinar de cometer ato de improbidade, prevista no inc. IV do art. 132 da Lei nº 8.112/90, é incompatível com culpa.

É importante acrescentar que as características próprias da infração precisam ser buscadas não apenas no dispositivo legal em que está o tipo, mas em todo o sistema normativo do qual essa infração faz parte.

Quanto à interpretação da gravidade da infração, não a gravidade concreta de determinada conduta praticada, mas a gravidade abstrata a partir apenas do texto da norma, ela não é relevante para determinar se o tipo administrativo permite a punição por culpa ou apenas por dolo. O que se pode afirmar é que, do ponto de vista da reprovabilidade social, uma conduta dolosa tende a receber maior reprovação do que a conduta culposa, acarretando pena mais severa para aquela. Todavia, se um tipo administrativo descreve apenas uma conduta dolosa, não é a interpretação da gravidade em tese desse tipo nem a interpretação da gravidade da conduta que irá possibilitar a punição por culpa.

Apesar dessas limitações a essa terceira proposição, no caso da Lei nº 8.112/1990, a leitura combinada do art. 124 com o art. 122 parece indicar a possibilidade genérica da configuração das infrações disciplinares mesmo por culpa. É que, em vez de o art. 124 prever apenas a “responsabilidade administrativa”, o legislador usou a expressão “responsabilidade civil-administrativa”, como que a indicar que as infrações administrativas teriam natureza civil, para distingui-las das infrações penais. Sendo assim, elas poderiam ser configuradas tanto por dolo quanto por culpa, diferenciando-se dos ilícitos civis normais pelo fato de não exigirem prejuízo ao erário e se diferenciando dos ilícitos penais pela possibilidade

culposamente. Todavia, em se tratando de infrações disciplinares, isso não é válido, considerando que a Lei nº 8.112/90 não faz a mesma ressalva. Na maior parte dos casos, como as hipóteses são abertas, as suas características próprias e a interpretação da gravidade de cada uma é que irão determinar quando haverá a exigência do dolo e quando bastará a culpa” (BRASIL, Controladoria-Geral da União. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, maio 2022, p. 186, Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/68219/10/Manual_PAD%20_2022%20%281%29.pdf Acesso em: 10 ago. 2023).

de configuração por culpa, mesmo que o tipo não traga expressa essa figura. Da mesma forma, o art. 128 dessa Lei também aparenta estar no mesmo sentido de possibilitar a punição por culpa, quando faz referência à necessidade de ser considerada a “natureza” da infração. Isso porque, em princípio, natureza diz respeito ao fato de a infração ser dolosa ou culposa.²⁰

Porém, além de haver ilícitos na Lei nº 8.112/1990 que só admitem punição por dolo, como o de improbidade administrativa, a própria falta de clareza dessa Lei enseja controvérsias. Mesmo nas infrações administrativas que efetivamente permitam a modalidade culposa, é preciso lembrar que a conduta somente será punível se, ao menos, houver culpa grave, caracterizada por erro grosseiro. Essa restrição decorre da previsão do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), segundo o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.²¹ Há servidores, por outro lado, que nem mesmo por culpa grave podem ser punidos disciplinarmente. É o caso dos integrantes das carreiras jurídicas federais – que somente podem ser punidos por dolo ou fraude, em razão do disposto no art. 38, §2º, da Lei nº 13.327/2016 – bem como dos membros da magistratura.

De todo modo, ainda que na Lei nº 8.112/90 haja margem para sustentar a possibilidade de punição por culpa, isso ainda não permite formular uma proposição geral a respeito do elemento subjetivo exigido nas infrações administrativas em geral, quando a lei for silente ou obscura. Isso nos leva à próxima parte deste artigo.

4 Somente com dolo há infração quando a lei é obscura?

Como mostramos nas partes anteriores deste artigo, a ausência de normas gerais sobre o Direito Administrativo Sancionador, quanto ao elemento subjetivo exigido para configuração das infrações administrativas, pode levar a situações de difícil solução. Aqui procuraremos demonstrar as restrições havidas em relação à proposição segundo a qual a obscuridade da lei quanto ao elemento subjetivo exigido para a configuração da infração levaria à conclusão de que seria necessário o dolo.

²⁰ É nesse sentido o entendimento de Cezar Roberto Bittencourt, embora tratando das infrações penais de trânsito e não das administrativas: “Mas a definição da natureza da infração, dolosa ou culposa, decorre do estado de ânimo quando o agente colocou-se em estado de inimputabilidade, e não no momento em que pratica a infração penal, ao contrário do que prevê nosso Código Penal” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186).

²¹ Tratamos em outro momento sobre o alcance desse dispositivo, analisando a possibilidade de seu alcance abranger qualquer conduta e não apenas decisões e opiniões técnicas ([obra oculta para não identificar o autor]).

Para tanto, um apontamento interessante que pode ser feito a respeito do dolo e da culpa diz respeito a sua reprovabilidade. Considerando uma mesma infração, pode-se dizer que é mais grave e, portanto, mais reprovável sua prática dolosa do que sua prática culposa. Porém, quando se comparam infrações distintas, é possível que uma infração culposa seja mais grave do que uma dolosa. Pegando duas infrações penais como exemplo para facilitar a compreensão da assertiva, basta ver que a pena de um crime de homicídio culposo tende a ser maior do que a pena de um crime de dano doloso.

Outro aspecto curioso refere-se ao fato de que o descumprimento de um mesmo dever de cuidado nem sempre é tratado da mesma forma. Para melhor explicitar esse aspecto, vamos imaginar que exista uma infração de “prejudicar, por dolo ou por culpa, a ação da fiscalização”. Caso uma pessoa, por exemplo, por descuido, deixe de apresentar um documento importante para a fiscalização, poderá configurar referida infração na modalidade culposa. Nesse caso, ninguém exigiria que esse descuido seja intencional. No entanto, se essa mesma conduta estivesse em um tipo administrativo omissivo como “deixar de entregar documentação para a ação da fiscalização”, daí surgiria a controvérsia se seria necessário dolo para sua configuração.

Pode ocorrer que, em relação a certos bens jurídicos, o legislador prefira esclarecer diversos deveres de cuidado específicos, em vez de apenas recorrer a um dever geral, incluído na modalidade culposa de uma determinada infração administrativa.

Apesar da dificuldade que a ausência de previsão legal ou clareza sobre o elemento subjetivo do tipo acarrete, algumas proposições já podem ser formuladas.

O grau maior de reprovabilidade do dolo em relação à culpa, quando se trata da mesma infração, permite construir a seguinte proposição: *quando a lei permite a punição de uma infração por culpa, implicitamente ela também possibilita sua punição por dolo.*

Essa proposição decorre da importância da intenção do agente. Se o ordenamento jurídico pune até mesmo quem o viola sem intenção, com muito mais razão também punirá quem intencionalmente o violar. Por isso, diante de um tipo que preveja a figura culposa sem menção à figura dolosa, a possibilidade de punição pelo dolo está implícita. Aliás, é por isso que se costuma utilizar a expressão “culpa em sentido amplo” para abranger dolo e culpa. Exemplo da proposição aqui apresentada está no art. 52 da CLT, que prevê apenas culpa, mas admite implicitamente dolo: “Art. 52 – O extravio ou inutilização da Carteira de Trabalho e Previdência Social por culpa da empresa sujeitará esta à multa de valor igual à

metade do salário mínimo regional”.

Por outro lado, *quando uma norma prevê expressamente apenas a figura do dolo, a infração não se configura por culpa*. Isso porque, sendo elementos subjetivos de natureza e de gravidade distintas, a exigência de dolo não pode ser suprida por mera culpa. Como exemplo, existe a infração prevista no art. 189, inc. III, da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979, do Município de São Paulo: “Art. 189 – Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que: [...] III – revelar segredos de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função, desde que o faça dolosamente, com prejuízo para o Município ou para qualquer particular”.

Chegamos então à questão mais difícil de todas, que diz respeito a como solucionar os casos em que a norma é silente ou obscura em relação ao elemento subjetivo exigido. É aqui que necessitamos rever a posição que vínhamos sustentando para apontar os limites da seguinte proposição: é possível afirmar que, na ausência de previsão legal quanto ao elemento subjetivo, a infração administrativa somente seria punível por dolo?

Para sustentar essa tese, haveria, em primeiro lugar, o argumento de que a punição por culpa tem por fundamento o descumprimento de um dever de cuidado. Como o art. 5º, inc. II, da Constituição prevê que ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer nada senão em virtude de lei, referido dever de cuidado precisaria estar previsto na lei.

Cabe lembrar que a previsão legal da figura culposa tem por fim evitar prejuízos a bens jurídicos importantes causados por pessoas que, apesar de não terem intenção de causar dano, não empregam, quando possível, o cuidado necessário em seu comportamento, agindo por imprudência, negligência ou imperícia. Nas hipóteses de culpa, embora o agente cause o ilícito sem intenção, sua vontade também tem relevância, pois, podendo agir de forma diversa, decide não cumprir o dever de cuidado exigido pela lei.

Havendo espalhadas na legislação previsões expressas deixando claro quando uma pessoa pode ser punida pela mera falta de cuidado (culpa) ou independentemente de culpa ou de dolo (responsabilidade objetiva), isso pode ser usado como argumento no sentido de que, quando o legislador pretende punir por culpa, ou independentemente de dolo ou culpa, ele o faz expressamente.

Uma preocupação importante também está naquelas infrações para as quais há previsão de uma única sanção sem possibilidade de gradação. Nesses casos, condutas culposas e dolosas acabariam sendo punidas com a mesma pena, o que violaria o princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição.

Essa tese até aqui exposta também serviria para sustentar, e com mais razão, a exigência de previsão legal expressa nos casos excepcionais, em que o dolo e a culpa não necessitem sequer ser discutidos, como ocorre nas hipóteses de responsabilidade objetiva, a exemplo do art. 2º da Lei nº 12.846/2013.²²

Apesar de todos esses argumentos, a prática vem demonstrando que a proposição que sustenta a exigência de dolo nos casos de dúvida é de valia bem limitada.

É que, em muitos casos, a possibilidade do apenamento por culpa pode decorrer de uma interpretação sistemática da legislação em que se insere a infração ou mesmo pela necessidade de se garantir uma proteção maior ao bem jurídico.

Já vimos que o elemento subjetivo exigido para configuração de um ilícito nem sempre está no mesmo dispositivo que descreve o tipo infracional. Como exemplo, temos o art. 32 da Lei nº 8.906/94, que prevê o elemento subjetivo exigido para todas as infrações nela previstas.

Na Lei nº 8.112/90, vimos que a situação é mais complicada e pode haver controvérsia pela falta de clareza quanto ao elemento subjetivo exigido. Haverá situações em que o próprio conceito indicará a exigência de dolo. É o caso, por exemplo, do ato de improbidade previsto no art. 132, inc. IV, da Lei nº 8.112/90, uma vez que há não há desonestidade culposa. Todavia, há dispositivos que trazem dúvida quanto à possibilidade de sua configuração culposa. É o caso do art. 116, inc. VII, por exemplo: “Art. 116. São deveres do servidor: [...] VII – zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público”. Supondo que um servidor, por descuido, danifique um bem da Administração, poderia surgir controvérsia quanto à possibilidade de sua punição por culpa. Somos levados a crer, pelos argumentos expostos acima, com a ressalva das infrações cujo próprio conceito somente admite a forma dolosa, que é possível a configuração culposa das infrações disciplinares, inclusive a infração desse exemplo, mas desde que a culpa seja grave, conforme exige o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/42.

A Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro – CTB) também apresenta os mesmos problemas que a Lei nº 8.112/90. Pegando a infração de trânsito, por exemplo, de avançar o sinal vermelho, pode-se, por um lado, defender que as infrações de trânsito somente se configurariam por dolo, pois as normas do CTB não seriam suficientemente claras para permitir a punição por culpa. Nessa linha, a conduta de avançar o sinal vermelho por simples descuido poderia eventualmente ser

²² “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.”

enquadrada apenas no art. 169 do CTB, que prevê, de forma expressa, a penalidade de multa para quem “dirigir sem atenção ou sem os cuidados indispensáveis à segurança”. Caso não se permita punição por culpa, poderá surgir a preocupação de que os motoristas deixariam de ter o cuidado necessário e isso faria aumentar o número de acidentes. No entanto, outros aspectos precisariam ser considerados. Não se pode esquecer de que mesmo que as infrações administrativas de trânsito não pudessem ser punidas por culpa, o infrator não escaparia de responder pela reparação dos danos causados em eventual acidente e mesmo criminalmente, se enquadrado em algum tipo penal culposo (lesão corporal, por exemplo), o que já serviria de importante fator inibitório.

Ocorre, por outro lado, que as normas gerais do art. 27 e do art. 28 do CTB, que exigem dever de cuidado na manutenção e condução do veículo, combinadas com a norma do art. 161, parecem autorizar a configuração das infrações de trânsito mesmo por mero descuido. A tese da exigência de dolo levaria a outros inconvenientes, por exemplo no art. 189 do CTB: “Art. 189. Deixar de dar passagem aos veículos precedidos de batedores, de socorro de incêndio e salvamento, de polícia, de operação e fiscalização de trânsito e às ambulâncias, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentados de alarme sonoro e iluminação intermitente”. Note que, se um motorista, por falta de atenção, não der passagem a um desses veículos, poderá prejudicar um atendimento de emergência e de interesse público. Como, em princípio, não haveria crime nessa conduta, ela ficaria sem punição, apesar do caráter reprovável que apresenta. Parece-nos, assim, que a melhor solução é admitir a punição mesmo por culpa nas infrações de trânsito. Isso não impedirá o afastamento da infração caso se comprove, por exemplo, inexigibilidade ou impossibilidade de conduta diversa.

E há situações ainda mais complicadas do que as da Lei nº 8.112/90 e da Lei nº 9.503/97. Tomemos o art. 56, incisos II e III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que preveem, respectivamente, as sanções de apreensão e inutilização de produto. Segundo o art. 58 do CDC, essas sanções são aplicáveis “mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando forem constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço”. Caso se entenda que essa infração somente se caracteriza por dolo, isso significaria que, em caso de mera culpa, o fornecedor poderia continuar oferecendo aos consumidores produtos viciados e até com risco à segurança. O mesmo problema está presente na Lei nº 9.933/99, que trata da conformidade técnica dos produtos, insumos e serviços postos à disposição no mercado.

O principal aspecto a ser notado nessas duas leis é o fato de que o produto ou serviço impróprio para o consumo não pode continuar no mercado, independentemente da intenção do fornecedor. Ou seja, a pena de apreensão e, por acaso, de inutilização do produto precisa ser aplicada, mesmo quando não haja dolo ou culpa. Seria um exemplo de responsabilidade objetiva sem que a norma traga esse aspecto de forma clara.

Para contrabalançar essa responsabilização objetiva, considerando que eventualmente um produto impróprio para o consumo ainda tenha algum valor econômico, seria possível, por exemplo, fazer que o fornecedor firmasse um compromisso de dar outra destinação ao produto, aproveitando sua matéria prima ou mesmo regularizando o problema apurado. Caso a Administração tenha como garantir que não haverá risco aos consumidores, essa solução consensual seria possível com base no art. 26 da LINDB. Aliás, a solução consensual tem a vantagem buscar uma garantia a mais para sanar o problema e oferecer maior proteção ao bem jurídico.

Os mesmos problemas do CDC e da Lei nº 9.933/99 também aparecem na Lei nº 13.506/2017, que trata do Processo Administrativo Sancionador do Banco Central do Brasil e da CVM. Nessa Lei, independentemente do elemento subjetivo da infração, as irregularidades cometidas não podem ser mantidas sem solução. Por exemplo, não é admissível manter dados incorretos no balanço de uma instituição só porque o responsável por eles demonstrou que não teve dolo ao cometer o erro. Até para reforçar a busca pela efetiva solução do problema, essa legislação já traz expressamente formas de solução consensual dos ilícitos, como o termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão.

A Lei nº 13.506/2017 busca proteger um bem jurídico de singular importância, abrangendo não apenas a fé pública, mas também a necessidade de que o patrimônio alheio seja gerido de forma regular. A mera falta de cuidado nas atividades do mercado financeiro e do mercado de capitais poderia levar a resultados nocivos a inúmeros membros da sociedade. Por isso, nessa Lei, é plenamente cabível a punição, ainda que por simples culpa, apesar de não haver previsão clara a respeito.

Conclusão

Foi constatado que no Direito Administrativo Sancionador não há uma norma geral a respeito do elemento subjetivo das infrações administrativas, diferentemente do Direito Penal, do Direito Civil e do Direito Tributário.

Conseguiu-se formular uma classificação geral das infrações administrativas em que se verificou as possíveis configurações dessas infrações.

Apurou-se que a voluntariedade é insuficiente para explicar o elemento subjetivo das infrações administrativas.

De modo geral, não se pode afirmar que dolo e culpa nunca serão exigidos para a configuração dessas infrações. É necessário investigar para cada infração o elemento subjetivo exigido, mas, salvo disposição legal em sentido diverso, não é necessária a prova direta desse elemento como requisito para abertura de processo administrativo punitivo ou para caracterização das infrações.

Nas infrações disciplinares da Lei nº 8.112/90, ressalvadas aquelas cuja conduta, por natureza, seja dolosa, é possível que sejam configuradas por culpa, apesar das controvérsias que esse entendimento pode gerar.

Da mesma forma, apesar das divergências possíveis a respeito do elemento subjetivo para configuração das infrações de trânsito, considera-se possível que sejam punidas tanto por dolo quanto por culpa.

Quando a lei permite a punição de uma infração por culpa, implicitamente ela também possibilita sua punição por dolo. Por outro lado, quando uma norma prevê expressamente apenas a figura do dolo, a infração não se configura por culpa.

A investigação do elemento subjetivo exigido para a tipicidade de cada infração depende de um exame não só do dispositivo que descreve o tipo administrativo, mas de toda legislação em que este tipo se insere.

Muitas vezes, a exigência de uma proteção adequada ao bem jurídico tratado na lei leva à necessidade de se concluir pela possibilidade de aplicação de sanções não apenas por dolo, mas também por culpa e, em casos excepcionais, até mesmo independentemente desse elemento.

Enfim, verificou-se pelos exemplos dados que a exigência geral de dolo para configuração de infrações administrativas nos casos em que a lei é obscura não pode servir para se formular uma proposição geral precisa. Como hipótese, então, essa proposição não se confirma. Ela poderia até servir para solucionar casos extremos em que claramente não houvesse fundamento para indicar a possibilidade de punição por culpa ou mesmo de responsabilização objetiva. Porém ainda ficaria pendente a questão de definir quando haveria ou não esse fundamento.

Apesar das limitações dessa proposição e de não se ter conseguido uma resposta satisfatória para resolver, de modo geral, a questão do elemento subjetivo exigido nos casos da obscuridade da lei, o presente artigo conseguiu apontar o caminho de algumas soluções casuísticas, além de servir ao menos de alerta para a necessidade de se alterar a legislação, para que haja um melhor tratamento desse elemento, a exemplo do que já ocorre no Código Penal, no Código Civil e no Código Tributário Nacional.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, maio 2022, Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/68219/10/Manual_PAD%20_2022%20%281%29.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região, 2ª Turma Recursal, *Acórdão nº 1056186*, 07039653220178070016, Relator Juiz Edilson Eneidino das Chagas, data de julgamento: 25/10/2017, publicado no PJe: 30/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 24138/PR – 2007/0107695-0*. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 6/10/2009, publicado em 3/11/2009.

CABRAL, F. G.; SARAI, L. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Leme/SP: Mizuno, 2023.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FERREIRA, D. Infrações e sanções administrativas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. de A.; FREIRE, A. L. (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., V. S.; ZOCKUN, M.; ZOCKUN, C. Z.; FREIRE, A. L. (Coord. de tomo). São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>.

FRAGOSO, Heleno C. Estrutura do crime culposo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 13, n. 51, p. 151-156, jul./set. 1976, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180899>. Acesso em: 10 ago. 2023.

FREZZA, E. A.; VILLAR, P. C. Natureza jurídica da responsabilidade por infração administrativa ambiental. *Revista de Ciências Sociais e Jurídicas*, ISSN 2674-838X, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/revistadecienciasociaisejuridica/article/view/1637>. Acesso em: 10 ago. 2023.

KHADER, E. M. *A prova do dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UERJ, Rio de Janeiro, 2012, Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9570>. Acesso em: 10 ago. 2023.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624>. Acesso em: 10 ago. 2023.

MEZZAROBBA, O.; MONTEIRO, C. S. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre os delitos omissivos. *Quaestio Juris*, v. 4, p. 77-90, 2006, Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/3931>. Acesso em: 10 ago. 2023.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, v. 4, p. 123-159, 1996, Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Juarez_Tavares.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARAI, Leandro. Dolo e culpa nas infrações administrativas: uma revisão. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 165-184, abr./jun. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i96.1853.
