

COLETÂNEA

MUDANÇAS NA **LEI DE**
IMPROBIDADE

**IMPROBIDADE SEM CULPA E
COM DOLO ESPECÍFICO: ONDE
SE PRETENDE CHEGAR?**

Adriano Marcus Brito de Assis
Rita Tourinho



IMPROBIDADE SEM CULPA E COM DOLO ESPECÍFICO: ONDE SE PRETENDE CHEGAR?

Adriano Marcus Brito de Assis¹

Rita Tourinho²

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 contempla uma série de mandatos de criminalização, ora expressos, ora implícitos. O Supremo Tribunal Federal³ já expressou que “A Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia” e que Outras vezes se cogita mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado”.⁴

Em realidade, a Constituição, ao ser democrática e instituidora de um Estado de Direito, abraçou mandatos de responsabilização de diversas naturezas: política e jurídica e, no que nos importa aqui, a última de reveste de caráter tanto penal como não penal. Daí haver previsto, quanto à não penal, em uma de suas hipóteses, a responsabilização contra os abusos cometidos no âmbito da Administração Pública, à luz da previsão de princípios administrativos no art. 37, *caput*, *inderrogáveis pela ação administrativa, mesmo a de boa-fé*, e daquela outra do §4º do mesmo dispositivo constitucional, indicadora de sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa. Desse mandato não pode se exonerar o nosso legislador, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, quando exercer seu legítimo poder de alterar a ordem jurídica infraconstitucional.

A redação atual da Lei 8.429/92⁵ reprime quatro modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que levam ao enriquecimento ilícito (art. 9º); aqueles que geram prejuízo ao erário (art. 10); a concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e §1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003 (art.10-A); e aqueles que violam os princípios administrativos (art. 11). Para os atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito ou violam princípios administrativos, bem como o estabelecido no art. 10-A, exige-se a presença do elemento subjetivo dolo para a sua caracterização, enquanto para os que causam prejuízo ao erário, a lei admite a tanto a modalidade dolosa como a culposa.

A amplitude de algumas interpretações conferidas aos tipos de improbidade

1 Promotor de Justiça do Estado da Bahia, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, Espanha, e presidente da Associação do Ministério Público do Estado da Bahia.

2 Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Professora Adjunta da UFBA, mestre em Direito Público pela UFPE, doutoranda em Direito pela UFBA.

3 Doravante, STF.

4 Inteiro Teor do Acórdão proferido na ADO 26 / Plenário / Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 / Distrito Federal / 13/06/2019, p. 10, em alusão à decisão proferida na ADI 3.112/DF (estatuto do desarmamento).

5 Também LIA.

administrativa levou à formulação de críticas severas, doutrinárias e jurisprudenciais, ao longo dos quase 30 (trinta) anos de amadurecimento dessa importante legislação. Essas críticas ventilaram até o surgimento de uma “asfixia burocrática”, com a eliminação da indispensável dose de discricionariedade do administrador público, ou do chamado “apagão de canetas”⁶.

Esse cenário de incertezas, comum no âmbito do Direito, determinou que se centrasse especiais questionamentos relacionados ao elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. Dois deles ganharam expressão na jurisprudência: haveria conciliação da improbidade com o tipo culposo no caso do prejuízo ao erário, ou seja, estando a improbidade terminologicamente relacionada à conduta desonesta, caberia a punição de atuações imprudentes ou negligentes, caracterizadoras da culpa? Apesar de a improbidade por violação de princípios exigir o dolo como elemento subjetivo do tipo, diante da abstração de certos princípios, não haveria uma afronta à segurança jurídica?

É fundamental responder a essas perguntas, repassando o estado da arte da jurisprudência, doutrina e legislação nacionais, para, então, reunir argumentos que nos expliquem a que destino chegaremos com a proposta em curso no Senado Federal que altera a Lei nº 8.429/1992 - o Projeto de Lei nº 10887/2018, de autoria do Deputado Carlos Zaratini (PT-SP), aprovado na Câmara de Deputados, em regime de urgência, por 408 votos a 67, no último dia 16 de junho de 2021.

2. Resumo do estado da arte sobre conduta ímproba culposa, improbidade por violação de princípios e segurança jurídica

O texto original da Lei nº 8.429/92 admite a modalidade culposa prejuízo ao erário e logo despertou-se a necessidade de entender seu alcance, uma vez que é inegável que erros são cometidos no exercício da função pública, considerando-se, inclusive, a deficiência técnica de diversos agentes públicos, distribuídos pela União, estados, municípios e o Distrito Federal. Partindo-se de uma interpretação literal da norma, os erros cometidos pelos agentes públicos no exercício de suas funções, configuradores de prejuízo aos cofres públicos, justificaria seu enquadramento como improbidade administrativa. O próprio Superior Tribunal de Justiça⁷, inclusive, admitiu o dano presumido, no caso de dispensa indevida do processo licitatório⁸.

Assim, a negligência ou imprudência capaz de gerar danos ao patrimônio público, independente da sua quantificação, poderia desaguar na propositura de ação civil pública por ato de improbidade, na forma prevista expressamente para as hipóteses do art. 10. A distinção entre a conduta dolosa e culposa aproveita, inclusive, para fins de aplicação das penas, incidindo, para o segundo caso, sanções menos severas, dentre as arroladas no art. 12, II, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Na improbidade por violação de princípios, a interpretação literal do *caput* do art. 11 também conduziu a situações disparatadas. Meras irregularidades foram confundidas com atos ímprobos, gerando cenário de insegurança jurídica. Não se tratou de ação de má fé dos órgãos de controle, mas de dificuldades de lidar com uma

6 MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3831.

7 Daqui para adiante, STJ.

8 REsp. 1.280.231/MG, rel. Min. Mauro Campbell; REsp. 1.169.153/SP, rel. Teori Zavascki.

categoria jurídica de difícil determinação nos primórdios de nossa Constituição, dada a carga de significados que acompanha os princípios administrativos⁹.

Tal desencontro de posições quanto à efetiva infração principiológica refletiu-se em divergências de entendimentos jurisprudenciais. Por exemplo, a inaplicabilidade do percentual mínimo destinados aos recursos direcionados à saúde ou educação, constitui ato de improbidade por violação de princípios? Essa afronta legal viola a finalidade da norma a ponto de caracterizá-la como improbidade? Pesquisa jurisprudencial singela é capaz de indicar posições opostas entre os Tribunais¹⁰, denotando a dificuldade de se uniformizar compreensões sobre as condutas caracterizadoras de violação de princípios taxadas de improbidade.

Ambas as hipóteses sofreram influxos da jurisprudência, trazendo maior racionalidade a essas tipicidades de improbidade administrativa.

Sem se colocar em dúvida a possibilidade de se prever condutas culposas de causação de dano ao erário¹¹, a leitura inicial e literal da norma foi, corretamente, ajustada pelos tribunais, atendendo inclusive a apelos doutrinários. Passou-se a escrutinar a natureza da culpa, sua gravidade, o iter percorrido pelo agente na concepção, produção e execução do ato. Tal responsabilidade, além disso, não pode ser aplicada a todos os agentes públicos indistintamente. Os agentes políticos, que possuem uma grande margem de poder decisório com ampla liberdade funcional, não podem ser responsabilizados pelos padrões da culpa comum ou do erro técnico, não respondendo civilmente por eventuais erros de atuação, uma vez que a situação dos que governam e decidem é diversa daqueles que apenas administram¹².

No campo da violação dos princípios, tanto o Ministério Público como a magistratura encetaram avanços na aplicação da norma que combate os atos de improbidade. Viu-se com maior clareza a hiato entre a violação objetiva da lei e o ato de improbidade; o tempo permitiu maior consolidação da doutrina e da jurisprudência acerca do conteúdo dos princípios administrativos, retirando, se não todas, muitas

9 Pois, como bem destaca Humberto Ávila, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, proibições ou permissões, os princípios são normas imediatamente finalísticas, ou seja, determinam a realização de um fim jurídico. Assim, “os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (*state of affairs, idealzustand*), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 95 e 96.

10 Decisão monocrática nº 1335745, Min. Mauro Campbell, considerou como caracterizada a improbidade por violação de princípios a não aplicação do percentual mínimo na saúde. Em sentido contrário, decisão do STF no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE nº 743560-PR.

11 Fábio Medina Osório manifestou-se quanto à constitucionalidade do ato de improbidade na modalidade culposa. Segundo o autor, o artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal ao se reportar às consequências decorrentes da prática de ato de improbidade não adentrou no mérito do elemento subjetivo da conduta. Ademais, várias figuras delitivas, constantes do Código Penal, no capítulo destinado aos Crimes contra a Administração Pública, acolhem a modalidade culposa. Acrescente-se que a culpa abordada na Lei de Improbidade não se confunde com o erro profissional, ocorrido dentro de uma margem do razoável. Por outro lado, a improbidade culposa deve ser sancionada com fiel observância do princípio da proporcionalidade. OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 273. Neste sentido os tribunais superiores vinham reconhecendo a improbidade administrativa em decorrência de conduta culposa, a exemplo do REsp nº 1713044 / SP (2017/0197871-8), disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201713044>.

12 TOURINHO, Rita. Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & controle principiológico. Curitiba: Juruá, 2009. p. 210.

impurezas na aplicação da norma repressora neste caso; passou-se, paulatinamente, a se assimilar mecanismos de negociação em torno de atos de improbidade, afastando a dificuldade dos operadores jurídicos de persecução de tratar muitas situações¹³.

Por fim, surgiu importante marco normativo que transformou o cenário de insegurança jurídica reclamado por muitos setores da academia, da administração, dos órgãos de controle e dos Tribunais: as alterações trazidas no Decreto-Lei nº 4.657/42 pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, pela Lei nº 13.655/2018, cuja análise, ainda que muitíssimo restrita, merece um tratamento apartado.

3. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB na caracterização dos tipos de improbidade administrativa

A Lei nº 13.655/2018 foi editada com o propósito de incluir no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) disposições sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público. A LINDB contém normas de aplicação reflexa, ou seja, normas de interpretação que serão utilizadas para bem aplicar outras normas. Daí seu caráter de norma suprallegal, a ser observada na interpretação de outras normas jurídicas, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa.

Segundo Guilherme Binenbojm e André Cyrino¹⁴ a insegurança leva ao agente público honesto inibir qualquer iniciativa inovadora, submetendo-se de forma acrítica e imediata às orientações dos controladores. Os referidos autores acrescentam que “a insegurança jurídica tende a promover um fenômeno de seleção adversa, desestimulando a atração de gestores de perfil inovador e interessados na mudança do ‘status quo’”¹⁵.

A influência da LINDB na configuração dos tipos de atos de improbidade administrativa é evidente, com destaque para a fixação do elemento subjetivo do tipo, trazendo disposições que servem como anteparo para inegáveis e equivocadas atuações de responsabilização quase que objetiva dos gestores públicos.

Nessa senda, destaca-se, inicialmente, o artigo 28 da LINDB segundo o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Tal disposição conferiu novo alcance à *improbidade por prejuízo ao erário, na modalidade culposa (art. 10)*, cercado os agentes públicos e políticos de maior grau de segurança jurídica.

Por erro grosseiro se pode entender o que tem lugar quando o agente público “incorrer em negligência, imprudência ou imperícia inescusáveis no exercício do seu mister”¹⁶. Esse tipo de erro “Não tolhe a coibição dos comportamentos

13 Não é o caso de se tratar aqui, porém, meramente, de mencioná-los, as incursões do CNMP e do Congresso Nacional na matéria.

14 BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André. O art.28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p 218.

15 BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, Andre. O art.28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 220.

16 MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

ímprobos, desonestos. Mas presta a devida deferência ao servidor honesto”¹⁷. É uma linha de razão jurídica que reforça a culpabilidade como princípio básico em matéria de responsabilidade do agente em se tratando de Direito Administrativo sancionador¹⁸.

Regulamentando a LINDB, o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, desenha, no seu art. 12, o alcance do “erro grosseiro”, equiparando-o à culpa grave, ao erro inescusável, ao elevado grau de negligência, imprudência e imperícia. Se assim é, não é qualquer culpa que caracteriza a improbidade por prejuízo ao erário, conforme historicamente vem se posicionando a jurisprudência¹⁹. O agente que atuar de boa-fé ou por divergências interpretativas razoáveis *não será punido*. Caberá, assim, ao controlador demonstrar, por intermédio de provas concretas, que o ato praticado pelo agente público restou maculado pela intenção de malferir a probidade administrativa, através de um erro crasso.

Além disso, o art. 22 da LINDB faz aterrissar no mundo real a ação de controle, impondo a consideração das circunstâncias da vida real que orientaram e que justificaram a conduta do agente público na avaliação de sua conduta²⁰. Assim, ao estabelecer que “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”, o dispositivo legal detém o exercício abusivo do direito persecutório estatal, judicial ou administrativo.

Mesma sorte de influência limitadora, restritiva exerce a LINDB na interpretação do art. 11, da Lei nº 8.429/92. Repele-se a ampliação indevida do conceito de “imoralidade administrativa” na fixação da conduta enquadrada como improbidade por violação de princípios, suscetível de produzir, em alguns casos, uma espécie de responsabilização objetiva pessoal. Desta forma, não viola a probidade a simples divergência de interpretações entre controlado e controlador, desde que os fundamentos expostos de um e de outro lado sejam razoáveis²¹. Nesse sentido, aliás, já

17 MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Forum, 2020. l. 3908.

18 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 438.

19 AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DECISÃO QUE RECEBE A PETIÇÃO INICIAL – PARECER – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS E ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL – AGRADO PROVIDO – AGRADO INTERNO JULGADO PREJUDICIADO. 1) Quando se trata de parecer jurídico opinativo, a culpa só pode ser revelada por erro grosseiro, ao passo que o dolo pressupõe ato voluntário e consciente com o intuito de endossar ato ilegal ou causar lesão patrimonial ao ente público; 2) não havendo nos autos a demonstração de indícios mínimos de que a agravante teria redigido seu parecer com erro grosseiro ou má-fé, a existência de indícios de irregularidades no processo licitatório não pode, por si só, justificar recebimento de petição inicial contra a agravante. Precedente do STF. 3) Recursos conhecidos. Agravo de Instrumento provido e Agravo Interno julgado prejudicado. (TJ-SP – Agravo Interno AGT 00018050320188030000 AP. Data de publicação 30/04/2019)

20 JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo do direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo – RDA. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2018. p. 70.

21 Segundo afirmam Carlos Ari Sundfeld e José Guilherme Giacomuzzi “a Lei nº 13.655/2018, nova fonte formal do direito brasileiro, busca justamente trazer quem ‘decide’ ao mundo real. Não é uma lei contra os princípios. Mas é uma lei para evitar que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados com a simples invocação de princípios” (SUNDFELD, Carlos Ari, GIACOMUZZI, José Guilherme. O Espírito da Lei nº 13.655/2018: Impulso Realista para a Segurança Jurídica no Brasil. IN Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 62p. 40. Abri/jun, 2018).

assentava a jurisprudência dos Tribunais Superiores²².

Mesma lógica seguiu o art. 20 da LINDB, segundo o qual “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Também o §1º, do art. 22 da LINDB busca evitar que o agente público que exerce regularmente seu mister, seja sancionado simplesmente por ter participado de um ato que vier a ser declarado nulo. Segundo este dispositivo “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Logo, para caracterização da improbidade por violação de princípios deve-se relacionar o princípio violado ao caso concreto, estabelecendo qual o verdadeiro risco de dano ao interesse público em virtude de tal violação, considerando-se o cenário ao qual estava exposto o agente público quando da prática do ato. Ademais, como se exige o elemento subjetivo dolo na qualificação desse tipo de improbidade, o propósito livre e consciente de atuação em desacordo com a principiologia empregada deverá ser demonstrado, o que envolve a revelação da afronta à moralidade administrativa.

Portanto, observa-se que o percurso já trilhado no amadurecimento jurisprudencial e, em especial, legislativo estabeleceu *standards* voltados a fixar limites ao enquadramento de condutas administrativas como atos de improbidade, contrapondo sérios entraves à aceitação da proposta de novo texto aprovada na Câmara dos Deputados e pendente de apreciação no Senado Federal.

4. O elemento subjetivo dos tipos de improbidade administrativa: nova perspectiva do Projeto de Lei nº 10887/2018

Dentre as mudanças mais significativas está a exigência de dolo para a caracterização de todos os tipos de improbidade, o que equipara a improbidade administrativa à desonestidade do agente público. Diz o §1º, do art. 1º: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”.

Visando fixar o alcance do dolo na caracterização das infrações legais, o §2º aduz que “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”, o que aparece repisado no §3º ao afirmar que “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa”.

Explica-nos variada doutrina que dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado²³. Age com dolo o

22 “A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. (...) nem toda ilegalidade é ímproba. (...) Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações.” (REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014).

23 FRANCO, Silva Alberto *et al.* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 103.

“homem médio” que atua visando que seu ato contrarie o direito ou quer contrariar o direito e atua para isso²⁴. Além do *dolus directus*, caracterizado pela prática da ação ou omissão consciente na busca voluntária de um resultado, há o *dolus eventuais*, que se verifica quando o agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível de produzir outra contrariedade a direito, além daquela que ele deseja, porém prefere que aquela se produza a ter que renunciar ao seu desejo²⁵.

Conforme assevera Pontes de Miranda, “*não exclui o dolo o motivo do ato, nem o fim que teve em vista o agente, nem o interesse maior, moral, política ou economicamente, que levou ao ato*”²⁶. Assim, teoricamente, o prefeito que, visando modernizar o Município, decide nomear para cargos efetivos pessoas altamente qualificadas, mas sem a realização de concurso público, violando dolosamente o art. 37, II da Constituição Federal.

Observa-se, então, que o dolo não é necessariamente a má-fé. O desvio de finalidade, em que o agente busca interesse público diverso daquele previsto na norma legal de competência, pode caracterizar um comportamento doloso, apesar de não se ajustar à ideia comum de má-fé, como no exemplo trazido. Com efeito, se um agente descumpre conscientemente normas legais, há uma infração dolosa, independente do interesse perseguido²⁷.

A alteração legislativa proposta, no que concerne ao elemento subjetivo do tipo, vai além da eliminação do tipo culposos para configuração da improbidade administrativa. Em verdade, adota-se uma noção do “dolo” excludente do mandato constitucional de responsabilização por prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que não basta demonstrar que o agente público tenha consciência da irregularidade praticada, assumindo o risco do resultado alcançado; exige-se, ainda, que se demonstre a vontade livre e consciente de se alcançar um resultado ilícito. É, rigorosamente, a estipulação de exigência de prova quase que impossível para os controladores.

De fato, a lógica legislativa que se anuncia restringirá a incidência da LIA em condutas que comprovadamente causam prejuízo ao erário, decorrentes do total descaso com o patrimônio público. Assim, caso certo prefeito decida contratar diretamente, sem licitação, uma empresa que pratica preços superiores àqueles de mercado, por entender que esta é a mais qualificada, somente estará configurada a improbidade com a efetiva demonstração do “fim ilícito”. Da mesma forma, contratações com flagrantes sobrepreços, aquisições de produtos com datas de validade vencidas, a não prestação de serviços contratados, ou seja, *condutas cujo prejuízo ao erário é flagrante*, somente poderão caracterizar atos de improbidade diante da comprovação da efetiva intenção ilícita do agente, pois o erro inescusável não mais comporá o iter de caracterização da improbidade e o dolo genérico será insuficiente para tal finalidade.

24 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954. p. 249.

25 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954. p. 250. A Primeira Turma do STF, ao apreciar Habeas Corpus, referente a homicídio praticado na direção de veículo automotor, sob influência de álcool, manifestou-se pela existência de dolo eventual, caracterizado pela assunção do risco de causar danos ou a ausência de preocupação com a sua efetiva ocorrência (STF. 1ª Turma. *Habeas Corpus* nº 124.687. Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de julgamento 29/05/2018).

26 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954. p. 252.

27 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 367.

Observa-se, no mesmo sentido, que, para caracterização da improbidade por violação de princípios, exige-se a comprovação do fim de se obter benefício próprio ou de terceiro (§1º, do art. 11), além de lesividade relevante ao bem jurídico tutelado (§5º, art. 11). O aodamento em impor, repetidamente, a exigência de dolo específico descambou para má técnica legislativa, pois há hipóteses de violação de princípios configuradoras de improbidade que, *per se*, já embutem a própria intenção finalística²⁸.

Considerações finais

Que a LIA necessita de ajustes é inegável. Se a Carta Constitucional de 1988 consagra mandatos de responsabilização de agentes ímprobos, igualmente limita o poder punitivo estatal, resultando, inclusive, na exigência de culpabilidade dos infratores do valor constitucional *probidade administrativa*.

Nenhuma garantia constitucional, contudo, justifica a ampla desidratação da LIA, que se pretende, no particular, com a articulação de exigências de culpabilidade de configuração e demonstração impossíveis.

Estreitar a improbidade administrativa ao reconhecimento do alcance da vontade do agente público, desprezando as condutas decorrentes do total descaso, praticadas sem observância das evidentes consequências danosas, com graves prejuízos ao patrimônio público é ignorar que aqueles investidos de funções públicas se submetem a regime jurídico diferenciado, decorrente dos compromissos assumidos e irrenunciáveis com o interesse público.

Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo, CYRINO, André. O art.28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

FRANCO, Silva Alberto *et al.* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo do direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo – RDA. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2018.

28 Dentre os tipos constantes do art. 11, o inciso V trouxe a frustração ao caráter concorrencial do concurso público, de chamamento ou de processo licitatório, em ofensa à imparcialidade, com vistas a obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros. Por certo que a escolha administrativa, sem critérios objetivos e consequente violação da imparcialidade, leva logicamente ao benefício do terceiro escolhido. Nessa situação, não parece necessário que se ingresse no âmago do agente público, buscando-se elementos reveladores do seu propósito finalístico, quando o benefício neste caso é irrefutável. Idem no caso de nepotismo, em que o beneficiamento do laço de parentesco já constitui a finalidade ilícita, daí as sérias impropriedades contidas no proposto art. 11, §6º, do citado PL (“Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente”).

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954.

MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Forum, 2020. l. 3908.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 367.

SUNDFELD, Carlos Ari, GIACOMUZZI, José Guilherme. O Espírito da Lei nº 13.655/2018: Impulso Realista para a Segurança Jurídica no Brasil. IN Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, Abri/jun, 2018.

TOURINHO, Rita. Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & controle principiológico. Curitiba: Juruá, 2009

