

A inadmissibilidade da responsabilização objetiva do agente público na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado em Minas Gerais

Especialista em Direito Processual pela PUC/MINAS

Analista Jurídico do Município de

Governador Valadares

RESUMO

O presente artigo visa abordar a inadmissibilidade da responsabilização objetiva do gestor na aplicação da lei de improbidade administrativa. Embora a Administração Pública responda objetivamente pelos atos praticados por seus agentes públicos, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição República de 1998, tal tipo de modalidade de responsabilização não é aplicada aos agentes públicos, vez que não existe norma no ordenamento jurídico vigente prevendo a responsabilização objetiva dos agentes públicos, o que inclui os agentes políticos, ou seja, para que o agente público seja condenado por ato de improbidade administrativa, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei nº 8.429/1992. De mais a mais, o autor da ação de improbidade deve descrever minuciosamente os fatos antijurídicos praticados pelo agente público, propiciando, assim, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa a que se refere o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988. Assim, para fins de recebimento das ações de improbidade administrativa, é necessária a existência de material probatório mínimo acerca da prática do ato improbo, bem como a existência de individualização da conduta do agente que praticou o ato de improbidade, pois, do contrário, a ação deve ser indeferida de plano, tendo em vista a ausência dos pressupostos mínimos para o ajuizamento da ação de improbidade. Por fim, cabe consignar que a ação de improbidade tem sido utilizada indevidamente para retirada do nome dos Entes Públicos dos órgãos de inadimplentes, como SIAFI e CAGEC. Em tal caso, o julgador

deve indeferir de plano a ação proposta, tendo em vista a ausência de justa causa para o ajuizamento da ação.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Princípios constitucionais. Responsabilidade subjetiva. Ato improbo, fato constitutivo, prova, elemento subjetivo, devido processo legal.

ABSTRACT

The present article aims to address the inadmissibility of the objective accountability of the manager in application of the Administrative Impropriety Law. Although the Public Administration objectively respond for the acts committed by their public agents, based on article 37, paragraph 6, of the Republic Constitution of 1998, this kind of accountability is not applied to public agents, once there is no regulation in the actual legal system predicting the accountability objective of the public agents, what includes the political agents, which means, for the public agent to be condemned for an act of administrative impropriety is indispensable proof of the consciousness and the intention of the agent to promote the transgressive conduct (in comissive or omissive forms) inserted in the Law n.º. 8.429/1992. Furthermore, the author of the action of improbity must describe in detail the unlawful facts practiced by the public agent, providing, thus, the full exercise of the contradictory and the wide defense referred to in article 5, item LV, of the Constitution of the Republic of 1988. Thus, for the purpose of receiving the proceeding of administrative impropriety is necessary to have a minimum existence of evidences about the practice of the unrighteous act, as well the existence of the individualization of the conduct of the agent that committed the act of impropriety, because, otherwise, the action should be dismissed, in view of the lack of the minimum requirements for the filing of the action of impropriety. Finally, it should be asserted that the action of impropriety has been inappropriately used for the removal of the name of the Public Entities of the register of defaulters, such as SIAFI, and CAGEC. In such a case, the judge must dismiss immediately the proposed action, in view of the absence of just cause for the filing of the action.

Keywords: Administrative improbity. Constitutional principles. Subjective responsibility. Improbo act, constitutive fact, proof, subjective element, due process.

Introdução

O presente artigo visa a abordar que o direito brasileiro não adotou a teoria da responsabilidade objetiva para os atos praticados pelos agentes públicos na aplicação da Lei nº 8.429/1992.

A responsabilidade objetiva independe da aferição de culpa ou de gradação de envolvimento do agente causador do dano, ou seja, admite-se que o agente responda pelo resultado ainda que tenha agido com ausência de dolo ou culpa, contrariando, assim, a doutrina fundada na responsabilidade pessoal e não na culpabilidade.

Todavia, para a condenação do agente público¹ por ato de improbidade administrativa, deve o autor da ação apresentar prova concreta de que o agente público praticou ato contrário às diretrizes estabelecidas pela Lei nº 8.429/1992, até porque o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil aduz que é ônus do autor comprovar o fato constitutivo de seu direito.

Assim, o gestor não pode ser condenado simplesmente porque homologou o processo licitatório ou praticou outro ato de gestão. É necessário ter prova concreta de que o gestor anuiu ou participou de eventual irregularidade, não podendo ser presumida sua participação apenas porque assinou determinado documento ou era detentor de cargo público.

Realmente, o agente público desonesto deve ser penalizado severamente; entretanto, não se pode partir do pressuposto de que todos são desonestos, devendo, com isso, responder objetivamente pelos seus atos, até porque o legislador não autorizou a responsabilização do agente público na modalidade de culpa objetiva.

As sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa não podem ser consideradas puramente cíveis. Trata-se de uma ação híbrida, vez que a mesma tem contornos cíveis e penais.

Considerando que a ação pode resultar na suspensão dos direitos políticos, suas penalidades têm caráter penal em razão da sanção política. Assim, o julgador deve ter cautela ao receber a ação de improbidade administrativa, devendo recebê-la ape-

¹ Art. 2º da Lei nº 8.429/1992 - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

nas quando existir elemento probatório mínimo acerca da conduta improba praticada pelo agente público.

Vale destacar que os Tribunais Pátrios firmaram o entendimento no sentido de que não é possível a propositura da ação de improbidade apenas contra o particular, sendo imprescindível figurar no polo passivo da demanda um agente público, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1405748/RJ - DJe 17/08/2015; AgInt no REsp 1442570/SP - DJe 16/05/2017 e AgRg no AREsp 574500/ PA - DJe 10/06/2015.

De acordo com o STJ², o particular³ pode figurar no polo passivo da ação de improbidade em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se ao tema proposto.

1 A responsabilização subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil está prevista no Código Civil Brasileiro no artigo 186, aduzindo que *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. Já o artigo 927 do mesmo diploma legal prevê que *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*, ou seja, a norma civil encampou a responsabilidade subjetiva, em que a prática do ato lesivo deve ser comprovada, não admitindo presunção.

Não diferente, o agente público responde subjetivamente pelos seus atos, que tenham causado danos à Administração, em decorrência de conduta dolosa ou culposa.

A Lei de Improbidade adotou a responsabilização subjetiva. Assim, para responsabilização do agente público, é necessário comprovar os elementos dolo ou culpa, não podendo ocorrer a presunção de tais elementos, ou seja, é ônus do acusador

² REsp 1405748/RJ, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª REGIÃO), Rel. P/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 17/08/2015.

³ Lei nº 8.429/1992 – Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

comprovar a conduta do agente na forma dolosa ou culposa para fins de penalização, ou seja, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

Na responsabilidade objetiva, independe da aferição de culpa ou de gradação de envolvimento do agente causador do dano, não necessitando de prova quanto à conduta comissiva ou omissiva, ou seja, nesta modalidade de responsabilização admite-se que o agente responda pelo resultado, ainda que tenha agido com ausência de dolo ou culpa, contrariando, desse modo, a doutrina fundada na responsabilidade pessoal.

No entanto, o direito brasileiro não adotou a teoria da reponsabilidade objetiva, exceto a responsabilização objetiva do Estado pelos atos de seus agentes.

Embora a Administração Pública responda objetivamente pelos atos praticados por seus agentes públicos, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição República de 1998, tal modalidade de responsabilização não é aplicada aos agentes públicos, conforme dito no tópico introdutório.

2 Noções preliminares sobre a improbidade administrativa

De início, cabe registrar que a

improbidade administrativa pode ser definida como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Desonestidade implica conduta dolosa, não se coadunando, pois, com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa (SCARPINELLA BUENO, 2001, p.86).

O ato de improbidade nada mais é do que a violação aos princípios constitucionais da Administração Pública atrelado à má-fé e à deslealdade do administrador, não bastando a simples violação dos princípios da Administração para configuração do ato improbo, vez que é necessário o elemento volitivo representado pela vontade do agente público em realizar a conduta típica por ação ou omissão.

Apesar de o legislador não ter definido na Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/1992) o que venha a ser ato improprio, apenas definindo as três categorias de improbidade nos artigos 9º, 10 e 11, sua intenção foi penalizar o agente público ou o particular que concorra para a prática do ato irregular, que importe em enriquecimento ilícito (art. 9º); que resulte em prejuízo ao erário em razão de ato doloso ou culposo (art. 10) ou que atente contra os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 11).

Segundo Mateus Carvalho (2016, pág. 936),

a lei de improbidade administrativa não deve ser aplicada para meras irregularidades ou transgressões disciplinares, pois essas serão punidas devidamente na instância administrativa, mediante a instauração de processo disciplinar - mas, sim visa resguardar os princípios da administração pública.

A fim de penalizar aquele que pratica ato improprio, bem como buscar o ressarcimento dos danos causados ao erário, foi editada a Lei nº 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa, dispondo o Ente Público ou o Ministério Público da ação de improbidade para fins de responsabilização do agente público.

Para José dos Santos Filhos (2016, p. 1135), a

Ação de Improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.

Por fim, cabe consignar que o agente público, no exercício de suas funções, deve praticar seus atos em consonância com os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, não podendo utilizar o cargo ou função pública para praticar ato em proveito pessoal ou de terceiros.

3 A inadmissibilidade da responsabilização objetiva do agente público na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa

Conforme dito anteriormente, o direito brasileiro não admite a responsabilização objetiva do agente público, adotando

a teoria da responsabilidade subjetiva, em que é necessária a comprovação da prática de eventual ato ilegal praticado pelo gestor público.

O Superior Tribunal de Justiça divulgou 14 teses sobre improbidade administrativa, na 38ª edição de jurisprudência em tese, aduzindo que é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei de Improbidade. Vejamos:

1) É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei n. 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário. Acórdãos: AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 21/05/2015, DJE 28/05/2015. AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 16/04/2015, DJE 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 19/03/2015, DJE 04/05/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16/04/2015, DJE 22/04/2015; REsp 1478274/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 03/03/2015, DJE 31/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 24/02/2015, DJE 05/03/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 20/11/2014, DJE 09/12/2014; REsp 1237583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 02/09/2014. (Grifos).

E, ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um

dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. *Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva* e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11. 4. Recurso especial a que se nega provimento. 1ª Turma, REsp 751.634/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/8/2007, p. 353. (Grifos).

No mesmo sentido, advoga Fábio Medina Osório (2007, p. 291):

"A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isto se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva"

Dessa maneira, é necessário ao autor da ação de improbidade comprovar o elemento subjetivo, ou seja, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do

agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei nº 8.429/1992.

Destarte, pode-se concluir que não é possível a responsabilização objetiva do agente público, conforme muitas vezes pretende o órgão acusador. Assim, o gestor somente pode ser responsabilizado se restar comprovado que praticou ou anuiu com o ilícito, devendo, portanto, o órgão acusador comprovar os fatos articulados na peça de ingresso, conforme determina o artigo 373, inciso I, do CPC.

É do autor da ação de improbidade a incumbência de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, de modo a permitir cognição (MADEIRA, 2009, p. 23) e a formação do convencimento do magistrado. Desse modo, aquele que tem o dever de provar e esquiva-se do ônus probatório deve ter seu pedido julgado improcedente. Nesse sentido, corrobora o professor Humberto Teodoro Júnior (1999, p. 423):

“Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisprudencial. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (Grifos).

Nessa direção, ensina o mestre Luiz Guilherme Marinoni⁴:

Como regra de julgamento, o ônus da prova destina-se a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre as alegações de fato da causa. Nessa acepção, o art. 333 CPC é um indicativo para o juiz livrar-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa. Tal dúvida deve ser suportada pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre alegação de fato constitutivo, essa deve ser paga pelo demandante, tendo o juiz de julgar improcedente seu pedido....

Os Tribunais Pátrios têm decidido no sentido de que os agentes públicos somente podem ser responsabilizados quando hou-

⁴ *IN. Código de Processo Civil Comentado... 2008, p.336.*

ver prova concreta acerca da prática do ato de improbidade, sob pena de improcedência da ação de improbidade. Vejamos:

DIREITOS SANCIONADOR E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM ESTEIO EM SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO COM BASE NOS ARTS. 10 (DANO AO ERÁRIO) E 11 (OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS) DA LEI 8.429/92.

ALEGAÇÃO DE QUE GERENTE DE RELACIONAMENTO DA CEF REALIZOU OPERAÇÃO DE FINANCIAMENTO DA LINHA CONSTRUCARD SEM A REALIZAÇÃO DE PESQUISA MANUAL E SEM APURAÇÃO DE RENDA DOS CLIENTES CONTRATANTES. REFORMA, PELO TRF DA 2a. REGIÃO, DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL. ARGUMENTAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE QUE BASTA A DESCRIÇÃO GENÉRICA DOS FATOS E IMPUTAÇÕES DOS RÉUS PARA O RECEBIMENTO DA INICIAL. *INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS PARA A ADMISSIBILIDADE DO FEITO EM DESFAVOR DA ORA RECORRIDA, CONFORME PROCLAMADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, QUE ATESTOU A IMPRECISÃO NA DELIMITAÇÃO DE CONDOTA CONCRETA DA IMPUTADA QUANTO A SUA PARTICIPAÇÃO DIRETA NA SUPOSTA FRAUDE.* AGRAVO INTERNO DO ÓRGÃO ACUSADOR DESPROVIDO.

1. *A imprescindibilidade da comprovação da justa causa decorre da possível utilização do direito de ação de forma temerária, que, conforme sustenta o jurista MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, sem provas ou elementos de convicção para o julgador, deve ser rejeitada* (O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 552). (...) *Portanto, ausente a descrição do fato típico que teria sido praticado pela implicada, não há falar-se em conduta ímproba, contrariamente, portanto, ao que pretende a parte agravante na insurgência em testilha, uma vez que alega a suficiência de descrição genérica dos fatos.* Rejeita-se, portanto, a alegação da parte recorrente de violação aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, porquanto o que se exige de uma promoção judicial, sobretudo em matéria de sanções, é a

individualização do suposto malfeito do réu, com a pormenorização dos fatos, até mesmo para que a defesa do acionado tenha a mínima viabilidade; providência não atendida na demanda em espeque. 4. Agravo Interno do Órgão Acusador desprovido. (AgInt no REsp 1485027/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 31/08/2017) - STJ. (Grifos).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MÉDICO CONTRATADO PELO MUNICÍPIO - REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS PARTICULARES EM HOSPITAL MUNICIPAL - AUSÊNCIA DE RESSARCIMENTO DOS MATERIAIS E MEDICAMENTOS UTILIZADOS - NÃO COMPROVADO - ATO DE IMPROBIDADE - NÃO DEMONSTRADO - SENTENÇA MANTIDA.

A responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade deve se basear em provas concretas quanto aos atos que lhe são imputados, face às graves conseqüências que afetam a vida do eventual infrator. Por conseguinte, se da análise do conjunto probatório constante nos autos não vislumbrar a existência do alegado ato de improbidade administrativa, deve ser julgado improcedente o pedido autoral. (TJMG - Apelação Cível 1.0529.03.001988-7/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/05/2015, publicação da súmula em 25/05/2015). (Grifos).

Cabe registrar que a expressão “indícios suficientes”, contida no § 6º, do artigo 17, da Lei nº 8.429/92, exige que a ação por ato de improbidade administrativa deve ser lastreada em elementos probatórios concretos, pois a intimidade alheia não pode ser invadida ao “bel-prazer” pelo acusador, sem nenhum elemento probatório.

“O direito deve ser levado a sério”, por isso o órgão acusador não pode sair ajuizando ações de improbidade sem lastro probatório, por isso é necessário que o autor da ação comprove os fatos constitutivos de seu direito.

Dessa forma, o fato de um gestor homologar o certame licitatório conduzido pela Comissão de Licitação ou ratificar as dispensas e inexigibilidades não tem o condão de atrair a res-

ponsabilidade objetiva para sua pessoa, vez que os vícios procedimentais porventura existentes no processo licitatório não podem ser imputados ao ordenador de despesa.

Como regra geral, cabe exclusivamente aos membros da Comissão Permanente de Licitação, Pregoeiros, bem como aos subscritores dos pareceres técnicos responderem por eventual irregularidade existente no processo licitatório, até porque cabe unicamente ao servidor que deu causa ao ato ímprobo responder e suportar os efeitos de eventual condenação.

Não é razoável exigir que o gestor público tenha conhecimento amplo em contabilidade, direito, engenharia, etc. para conduzir a Administração municipal. Para isso, o gestor conta com profissionais técnicos capacitados para praticar os atos administrativos. Assim, caso algum desses profissionais pratique algum ato irregular, como, por exemplo, atestar a legalidade de um processo licitatório viciado, cabe tão somente ao profissional responsável suportar as consequências legais do ato viciado. Do contrário, não faria sentido o Ente Público contar com profissionais técnicos, onerando os cofres públicos.

Cabe consignar que a natureza das sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, embora não possam ser consideradas precisamente como de tipo penal, é algo mais do que uma simples punição civil, é uma sanção política, o que justifica a especial cautela para o recebimento das ações de improbidade administrativa.

A ação de improbidade não é uma ação puramente cível, até porque seu rito processual difere das ações cíveis em geral, vez que na ação de improbidade o requerido é notificado para oferecer manifestação por escrito no prazo de quinze dias⁵, sendo que, em caso de recebimento da ação, o requerido será citado para contestá-la, o que comprova que o legislador foi cauteloso com a ação de improbidade, equiparando-a à ação penal em razão de sua *natureza sancionatória*⁶.

Desse modo, o ajuizamento, bem como o recebimento da ação de improbidade devem ser medidas de *ultima ratio*, devendo ser ajuizada tão somente quando existirem elementos mínimos acerca da prática do ato ímprobo, evitando assim a movimentação da máquina judiciária de forma inútil e desnecessária.

⁵ Artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

⁶ REsp 1230550/PR, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018.

Para Gilmar Ferreira Mendes, as penalidades previstas para os atos de improbidade administrativa configuram verdadeiros tipos penais. Vejamos:

[...] inaceitável é (...) a concepção que tenta vislumbrar as ações de improbidade como um simples mecanismo de responsabilização civil. De fato, não é correto tomar as sanções por improbidade como sanções de índole meramente civil. *Ao contrário, as sanções de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública demonstram, de modo inequívoco, que as ações de improbidade possuem, sobretudo, natureza penal. Não é difícil perceber a gravidade de tais sanções e a sua implicação na esfera de liberdade daqueles agentes políticos. No âmbito da ação de improbidade, em verdade, verifica-se que os efeitos da condenação podem superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, podendo conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal*⁷. (Grifos).

Do mesmo modo, já decidiu o STJ ao julgar o AgRg no AREsp 27.704⁸/RO, tendo como Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que aduziu que a ação de improbidade, “*por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador. Assim a ação deve ser rejeitada quando ausente*” o mínimo indício da prática do ato improprio.

Como o legislador não autorizou a responsabilização do gestor na forma objetiva, não autorizando também a condenação do gestor por ato praticado por terceiros, não pode o julgador ou intérprete, ao seu bel-prazer, criar a figura da reponsabilidade objetiva.

Conforme é de conhecimento de todos, a interpretação do texto legal, para ser válida, deve ser coerente e responsável. Valendo-se das palavras do professor Lenio Luiz Streck, a interpreta-

⁷ STF, Reclamação n.º. 2.186/DF, Rel. O Senhor Ministro GILMAR MENDES, j. em 22/05/2008.

⁸ AgRg no AREsp 27.704/RO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 08/02/2012.

ção, "em um contexto de constitucionalismo pós-guerra, não pode extrapolar os limites semânticos do texto", haja vista que este limite é condição para a existência do próprio Estado Democrático de Direito. O renomado doutrinador continua aduzindo que "o respeito ao texto quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída (STRECK, 2014, p. 174)".

Destarte, não há dúvida de que as ações de improbidade administrativa possuem, sobretudo, natureza penal, tendo em vista a existência de sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, bem como a proibição de contratar com a Administração Pública, ou seja, as penalidades da ação de improbidade administrativa possuem caráter penal, não possuindo apenas função de ressarcimento ao erário. Portanto, somente pode ocorrer condenação por ato de improbidade quando existir provas cabais acerca da prática do ato de improprio pelo gestor.

Desse modo, o autor da ação deve comprovar a conduta culposa (negligência ou imperícia) ou dolosa do agente (intenção de causar resultado lesivo ao erário), no caso da tipificação prevista no artigo 10 da Lei de Improbidade, e a conduta dolosa nos casos dos artigos 9º e 11 da mesma norma.

Outrossim, o simples descumprimento da norma não caracteriza ato de improbidade administrativa, sendo necessária a prova inequívoca do dolo ou da má-fé do agente público, até porque "ilegalidade não é sinônimo de improbidade". Neste sentido, ensina Mário Pazzaglini Filho (2015, p. 114/115):

Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. É imprescindível à sua tipificação que o ato ilegal tenha origem em conduta desonesta, ardilosa, denotativa de falta de probidade do agente público. (Grifos)

Dessa maneira, não basta simplesmente o agente público violar ou agir em desacordo com determinada norma para configurar ato de improbidade administrativa, vez que "*nem todo ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade*"⁹, portanto, para a configuração do ato de improbidade, é imprescindível prova concreta no sentido de que o agente público agiu de forma dolosa ou culposa.

⁹ Recurso Especial nº 940.269-DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 04/09/2008.

O mero exercício de um cargo público não autoriza a imputação de responsabilidade pessoal sem que haja, no mínimo, a demonstração de conveniência ou benefícios diretos ou indiretos obtidos pelo agente público, até porque a simples existência de ato lesivo, por si só, não autoriza a responsabilização civil.

Nessa direção, são os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2001. p. 761-762). Vejamos:

Ao prefeito, como aos demais agentes políticos, impõe-se o dever de tomar decisões governamentais de alta complexidade e importância, de interpretar as leis e de converter os seus mandamentos em atos administrativos das mais variadas espécies. Nessa missão político-administrativa é admissível que o governante erre, que se equivoque na interpretação da lei, que se confunda na apreciação da conveniência e oportunidade das medidas executivas sujeitas à sua decisão e determinação. Desde que o chefe do Executivo erre em boa-fé, sem abuso de poder, sem intuito de perseguição ou favoritismo, não fica sujeito à responsabilização civil, ainda que seus atos lesem a Administração ou causem danos patrimoniais a terceiros. (...) O só fato de o ato ser lesivo não acarreta ao Prefeito a obrigação de indenizar. *Necessário se torna, ainda, que além de lesivo e contrário ao direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho de cargo ou a pretexto de seu exercício.* (Grifos).

Ademais, para que a ação de improbidade seja recebida, é indispensável que na peça inicial seja individualizada minuciosamente a conduta ímproba do agente público. Com isso, a inicial de improbidade deve descrever a conduta antijurídica do agente, bem como apresentar elemento probatório mínimo quanto aos fatos imputados, sob pena de ser indeferida.

Ao julgar o REsp 1040440/RN em 02/04/2009, tendo como Relator o Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade de individualização da conduta específica do requerido, aduzindo que, "*nas ações de improbidade, a petição inicial deve ser precisa acerca da narração dos fatos, para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa*", assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988.

4 Utilização indevida da ação de improbidade para retirada do nome dos entes dos cadastros de inadimplentes

A ação de improbidade tem sido utilizada com frequência para retirada do nome dos Entes Públicos dos órgãos de inadimplentes, como SIAFI e CAGED.

Todavia, trata-se de utilização indevida da ação de improbidade, vez que, para o ajuizamento da ação, é necessário o esgotamento das vias administrativas, como, por exemplo, a instauração de Tomada de Contas Especial para apurar se o agente público praticou ato irregular ou não.

Assim, somente após o exaurimento da via administrativa e restando comprovado que o gestor agiu de forma dolosa ou culposa na prática dos atos administrativos, pode ser proposta a ação de improbidade, pois, do contrário, estará ausente a justa causa para o ajuizamento da ação.

Ao julgar a Ação de Improbidade nº 0129064-61.2013.8.13.0134, o Excelentíssimo Dr. José Antônio de Oliveira Cordeiro, titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Caratinga-MG, aduziu que o ajuizamento da ação de improbidade deve ser medida de *ultima ratio*, sendo imprescindível a comprovação do ato de improbidade.

Pedimos *venia* para transcrever parte da sentença da ação retromencionada. Vejamos:

Assim, mais uma vez, somente para fins e neste caso, destaco, a expressa intenção de liberação junto ao SIAFI, sob o fraco argumento de falta de prestação de contas.

Ora todo gestor tem o presente problema; aliás vários problemas sobre a prestação de contas.

Para isso temos o TCE o TCU e Câmara para tal fiscalização.

Porém, em momento algum da inicial se descreve qual o dolo e especificamente qual a conduta improba do agente imputado. (...). Nestes termos, ausente a condição da ação do interesse de agir, utilidade-necessidade, sendo pois o autor carente do direito de ação e, ainda mais pelo fato de que os fatos colacionados na inicial não perfazem qualquer prática de ato de improbidade descrito pela lei de improbidade, nos termos do art. 17 § 8º da Lei.

Destarte, é necessário que haja prudência no manejo da ação de improbidade para que a mesma não se torne vulgarizada em

razão da utilização indevida para casos que não confirmam ato de improbidade.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que o Julgador deve indeferir de plano as ações de improbidade que buscam simplesmente a retirada do nome do Ente Público dos órgãos de restrição, uma vez que, para o ajuizamento da ação de improbidade, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei nº 8.429/1992.

5 A garantia do contraditório substancial na ação de improbidade

Em toda e qualquer ação judicial, o julgador deve enfrentar as teses arguidas pelos participantes da relação processual, devendo levar em consideração na tomada da decisão todos os argumentos deduzidos nos autos.

A propósito, leciona Fredie Didier Jr., para quem, a par da face formal do direito ao contraditório, consistente na garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo, também vige a face substancial, relacionada à amplitude de defesa:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. (DIDIER, 2008, p. 45) (Grifos).

Quanto à necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa, corrobora o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica. (...) *a pretensão à tutela jurídica, o que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas. Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também de o considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (MENDES; COELHO; BRANCO; GONET, 2014, p. 451/452). (Grifos).*

Na atual conjuntura do devido processo constitucional, o princípio do contraditório passou a ter dupla dimensão: a primeira, formal, exige a possibilidade de participação no processo; a segunda exige a real possibilidade de o interessado influenciar com seus argumentos na construção da futura decisão, seja no âmbito judicial ou administrativo.

Assim, o não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes atenta contra o inciso LV, do artigo 5º e artigo 93, IX, todos da Constituição da República de 1988, bem como contra as disposições contidas no artigo 489, §1º, do Novo Código de Processo Civil, atraindo nulidade absoluta para o provimento jurisdicional.

De mais a mais, a obrigatoriedade de enfrentar as teses deduzidas nos autos, bem como a fundamentar as decisões judiciais não se trata de discricionariedade do julgador e, sim, de

uma obrigação, em respeito à supremacia da Constituição (Konrad Hesse) e eficácia das garantias constitucionais.

A ação de improbidade requer uma análise mais cuidadosa, vez que na referida ação, por ter caráter penal, deve-se buscar a verdade real, até porque o que está em jogo não é apenas o ressarcimento ao erário e, sim, a real possibilidade de suspensão dos direitos políticos, sendo essa uma garantia fundamental do cidadão¹⁰, requerendo, portanto, a devida análise dos argumentos apresentados, principalmente pelo requerido.

Desse modo, especialmente na fase preliminar da ação de improbidade, o julgador deve ser cauteloso, devendo analisar a manifestação do requerido de forma substancial, evitando, assim, o recebimento de ações de improbidade sem os pressupostos mínimos.

Conclusão

Diante dos fatos relatados, pode-se concluir que na ação de improbidade é indispensável a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) da conduta do agente público para fins de configuração do ato de improbidade administrativa a que se refere a Lei nº 8.429/1992.

Em momento algum a Lei de Improbidade ou outra legislação vigente admite a responsabilização objetiva do agente público como entende equivocadamente a doutrina minoritária.

A responsabilidade na modalidade objetiva é exceção no direito brasileiro, sendo admitida apenas quando prevista expressamente no ordenamento jurídico, como é o caso da responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988. Dessa maneira, quando a norma se mantiver silente, a responsabilidade deve ser na modalidade subjetiva.

O Poder Judiciário não pode se tornar um balcão de consulta acerca de suposto ato de improbidade, em que, muitas vezes, o nome do gestor é lançado no polo passivo da ação de improbidade tão somente em razão do cargo que exerce, partindo da presunção de que, apenas por ter exercido tal cargo,

¹⁰ Há quem situe essa categoria de direitos fundamentais ao lado das referentes aos direitos de defesa e aos direitos à prestação. Será constituída pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do País, correspondendo ao capítulo da Constituição Federal relativo aos direitos políticos. (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional - São Paulo; Saraiva, 2007, p. 235 e 255).

deve responder objetivamente por todos os atos da Administração, inclusive pelos atos de seus subordinados.

O ajuizamento da ação de improbidade deve ser a última medida, com isso, a ação somente deve ser ajuizada, bem como recebida quando existirem elementos mínimos acerca da prática do ato ímprobo, devendo, ainda, a ação de improbidade ser precisa acerca dos fatos narrados para que seja propiciado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa assegurado no Texto Constitucional.

Na concepção moderna do contraditório (devido processo legal), não é suficiente que seja assegurado apenas “*o dizer e contradizer formal entre as partes*”, sendo imprescindível que o contraditório conferido às partes tenha o poder de influenciar no conteúdo da decisão.

Os atos de agentes públicos desonestos merecem ser penalizados na forma da lei, devendo ser criado mecanismos eficazes de prevenção e investigação dos atos ímprobos praticados pelos agentes públicos; entretanto, não pode ser admitida a sedimentação da cultura punitivista que pretendem a todo custo implantar no ordenamento jurídico brasileiro.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que, na atual conjuntura jurídica, não pode ser admitida a responsabilização na modalidade objetiva, em que os agentes públicos respondem objetivamente pelos seus atos sem a existência de prova concreta acerca da conduta comissiva ou omissiva, resultante em benefícios diretos ou indiretos pelo agente público. Com isso, é necessária a demonstração do elemento subjetivo que vincula o agente público ao resultado antijurídico.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e Cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.

- FILHO, Mário Pazzaglini. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 6. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *IV. Código de Processo Civil Comentado*. 2008.
- MEIRELLES, HELY LOPES. **Direito Municipal Brasileiro**. 12. ed., 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**, São Paulo: RT, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 26. ed., Editora Forense, ano 1999, vol.1.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**, in Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais, Coordenadores: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. Revista da AJURIS – V. 41 – nº. 135 – Setembro de 2014.