

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DESAFIOS NO RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E NA ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO – Juan Daniel Pereira Sobreiro

O Juiz de Direito de Comarca de Entrância Final **Juan Daniel Pereira Sobreiro** foi convidado pela Corregedoria-Geral da Justiça para escrever sobre o tema da aula por ele ministrada no 4º Ciclo da Academia da Magistratura, qual seja, recebimento da petição inicial e elemento subjetivo na improbidade administrativa.

Confira-se, então, o texto intitulado “**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DESAFIOS NO RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E NA ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO**”, de autoria do citado Magistrado:

1. Introdução

Historicamente, o combate à corrupção foi relegado à persecução criminal. Todavia, é notório que os mecanismos de repressão penal são insuficientes para conter ou mitigar a corrupção que lamentavelmente permeia a sociedade brasileira. Basta ver que os tipos penais estabelecem penas brandas¹, não raras vezes exigem elementos subjetivos de difícil comprovação e possuem prazos prescricionais benéficos².

Inúmeras reações de natureza cível/administrativa a essa inoperância surgiram ao longo do tempo, como as Leis n. 3.164/1957 (Lei Pitombo/Godoi Ilha), n. 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). Entretanto, acabaram por forçar tão somente

1 Em muitos casos, há substituição por penas restritivas de direitos (prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade etc.).

2 O instituto da prescrição retroativa é o exemplo mais retumbante, pois, dada a infinidade de recursos na esfera criminal que procrastinam a conclusão processual e a tendência de penas próximas do mínimo abstratamente cominado nas condenações lançadas, a pretensão punitiva é comumente fulminada pela prescrição.



a invalidação do ato lesivo e ressarcimento dos danos patrimoniais ao erário, logo, sem agregar maiores sanções ao infrator e/ou ao beneficiário, prejudicado, ainda, por seu reduzido rol de legitimados.

Testemunhou-se sensível mudança no combate à corrupção apenas com a Constituição Federal de 1988, em particular com os artigos 37, § 4º, e 129, inciso III, ambos da Constituição Federal, regulamentados posteriormente pelas Leis n. 8.429/1992 e n. 8.625/1993.

No espírito do processo de redemocratização do País, abriu-se a possibilidade para imposição de sanções mais severas e de natureza estritamente cível/administrativa a quem praticou atos ímprobos e os correlatos beneficiários, notadamente a suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com a Administração Pública, sem prejuízo de conferir à instituição (Ministério Público) provida de independência funcional ferramentas para manejar as ações cabíveis para controle e repressão dos atos ímprobos. Naturalmente, houve o incremento do número de ações voltadas ao combate da improbidade administrativa.

E em função dos reflexos da atuação do Ministério Público no combate à corrupção, particularmente na interposição de ações civis públicas contra agentes públicos no gozo de mandato eletivo pela prática de atos de improbidade administrativa, é que surgiu a Medida Provisória n. 2.225-45/2001, que acrescentou os §§ 6º e 8º ao artigo 17 da Lei n. 8429/1992, com o nítido fim de condicionar o manejo e recepção da ação civil pública contra ato de improbidade administrativa à existência de indícios razoáveis da prática de conduta ímproba ou à justificativa razoável quanto à impossibilidade de exibição de prova cabal dessa conduta ímproba.

Ecoam entre a doutrina e a jurisprudência inúmeros argumentos que procuraram justificar e respaldar essa alteração processual, como o ilustre advogado e outrora Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo José Emmanuel Burle Filho, o qual



proporciona a seguinte exposição quanto ao papel do Ministério Público e do Poder Judiciário na condução de ações civis pública desse quilate:

“Esses deveres são essenciais para que haja o devido exercício do direito de ação e evitar abusos contra o direito do agente público de só ser acionado em caso de desonestidade, de dolo ou de má-fé. Ao assim agirem, os legitimados ativos estarão contribuindo para o contínuo reconhecimento da ação civil pública e da lei de improbidade administrativa, institutos jurídicos arduamente conquistados e essenciais para o Estado e para o Povo.

Por ser o único com o poder de instaurar e conduzir o inquérito civil, e, em consequência, dispor de amplo poder de investigação para provar a desonestidade, o dolo ou a má-fé, essa responsabilidade exsurge em maior grau quando se trata do Ministério Público. Por isso, este de estar conscientizado de que uma ação civil pública açodada e sem justa causa, além dos males e danos apontados no enfoque da ação popular, pode gerar indevida e perigosa sensação de impunidade quando ocorrer a sua improcedência, ditada pelo açodamento e pela falta de prova, vale dizer, pelo abuso do direito de ação. (...)

Essa preocupação é ainda maior quando se trata de ação civil pública não só em razão do direito de a pessoa não ser submetida a uma ação infundada, que lhe causará um dano irreparável, mas igualmente para evitar o descrédito desse instituto vital para a sociedade. Cabe, pois, ao Judiciário o dever de examinar com maior rigor as petições iniciais de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, verificando, inclusive, em razão do exposto acima, se a causa de pedir contém a caracterização do dolo ou da desonestidade.”³

Em que pese não se tenha a intenção de enfrentar o debate

3 *in* **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios/coordenador Edis Milaré**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 303/304.



quanto à (in)constitucionalidade da mudança imposta ao rito da ação civil pública, ironicamente apenas quanto à apuração de atos de improbidade administrativa, é relevante anotar que qualquer pessoa acionada em Juízo sofre constrangimento porque é convocada para resistir à pretensão do autor. Destarte, entende-se que a premissa do nobre expositor é equivocada, pois é inadmissível assentir que a condição de agente público (sem ignorar as prerrogativas da função) lhe confira o direito absoluto de ser demandado (incomodado) tão somente quando houver atuado com dolo ou má-fé. Caso contrário, descartar-se-á o princípio da isonomia porque incontestável que todos têm direito de não serem acionados indevidamente.

Além disso, sabe-se que o texto do artigo 320 do Código de Processo Civil, o qual subordina o recebimento da petição inicial à instrução da ação com documentos indispensáveis à propositura, sob pena de indeferimento, não representa mero capricho do legislador ordinário, justamente porque cabe ao magistrado aquilatar a compatibilidade entre a causa de pedir e o pedido com respaldo na documentação disponível.

De qualquer maneira, fato é que a observância dessa fase preliminar restou consolidada sem maiores questionamentos na doutrina e na jurisprudência. Emergem, entretanto, alguns pontos que merecem análise mais detida para se compreender a forma de atuação do magistrado por ocasião do recebimento ou não de petição inicial de ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

2. Da etapa do recebimento ou não da petição inicial na ação civil pública ajuizada em razão de improbidade administrativa

Inicialmente, é preciso ter em mente que o intuito do legislador foi inserir etapa processual que serve como espécie de controle de admissibilidade das ações que discutem improbidade administrativa.



Não cabe, obviamente, realizar juízo cognitivo exauriente que conduza ao reconhecimento de plano da conduta ímproba. Na realidade, cumpre perquirir a existência de indícios mínimos de ocorrência da improbidade administrativa que autorizem receber a petição inicial.

Não à toa, caso o magistrado esteja em dúvida sobre a ocorrência ou não do episódio ímprobo, mas dispondo de indícios que apontem a probabilidade, ainda que remota, da ilicitude administrativa, o recebimento da petição inicial é cogente. Aplica-se, por analogia ao processo penal, o princípio *in dubio pro societate*, propiciando que em outra fase processual, mais precisamente na fase de colheita de provas, o autor da ação consiga reunir mais provas que conduzam ao final pelo reconhecimento da improbidade administrativa.

A rejeição da petição inicial somente é cabível nessa fase processual caso o magistrado aponte razões fortíssimas de que a improcedência do pedido é manifesta ou acaso venha a acolher eventuais questões preliminares/prejudiciais ao exame do mérito.

Por oportuno, é interessante acostar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR. ASSESSORIA. DESVIO DE FUNÇÃO. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE.

JUSTA CAUSA. INDÍCIOS MÍNIMOS. NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de



Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é possível a rejeição da petição inicial da ação de improbidade quando o magistrado está convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, consoante estabelece o art. 17, § 8º da Lei n. 8.429/92.

IV - No caso, consoante afirma o acórdão recorrido, não há indício mínimo configurador de prática de ato ímprobo, qual seja, atividade externa ao gabinete desempenhada por assessores de vereador estranhas à função.

V - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

VI - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art.

1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VIII - Agravo Interno improvido.⁴ (grifei).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial n. 1.635.854/PR. 1ª Turma. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Data do julgamento: 08/02/2018. Publicação: 20/02/2018.



AGRAVO QUE NÃO ATACADA, ESPECIFICAMENTE, O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/1973. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 182/STJ. RECEBIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

NÃO OCORRÊNCIA. 1. Inviável a apreciação do agravo interno que deixa de atacar especificamente, o fundamento da decisão agravada, referente à tese de afronta ao art. 535 do CPC/1973, incidindo, quanto ao ponto, a Súmula 182/STJ, por analogia.

2. A jurisprudência desta Corte tem asseverado que "é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público" (REsp 1.197.406/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/08/2013). 3. A decisão que recebe a petição inicial não representa cognição exauriente acerca da efetiva prática de ato de improbidade administrativa, mas apenas fase inicial de todo o deslinde probatório da demanda, motivo pelo qual não se exige, nesta etapa, a demonstração cabal dos fatos narrados na petição inicial.

4. O Superior Tribunal de Justiça tem compreensão firmada no sentido de que "não há ausência de fundamentação a postergação para sentença final da análise da matéria de mérito" (AgInt no AREsp 910.840/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/08/2016).

5. Havendo indícios bastantes da existência do ato ímprobo historiado pelo Parquet autor, o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção probatória, tão necessária ao pleno e efetivo convencimento do julgador.

6. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.⁵ (grifei).

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Agravo em



PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

RECEBIMENTO DA INICIAL. INDÍCIOS. VERIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. SÚMULA 7/STJ.

1. A presença de indícios do cometimento de ato de improbidade administrativa autoriza o recebimento da petição inicial da ação destinada à apuração e sanção das condutas ilícitas. Conforme o entendimento desta Corte Superior, essa fase processual é regida pelo princípio do in dubio pro societate.

2. No caso, o acórdão recorrido estabelece a existência desses indícios. A afirmação do contrário demanda o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.⁶ (grifei).

Muito embora, à primeira vista, o tema proposto não aparente suscitar maiores dúvidas, a experiência forense mostra imensa dificuldade dos juízes de primeira instância e Tribunais em enfrentar a matéria, precipuamente quando o ponto de tensão repousa no enfrentamento do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa.

Com efeito, a defesa preliminar assume, a rigor, faceta de autêntica resposta definitiva, mormente porque, comumente, o réu levanta inúmeras questões preliminares/prejudiciais ao exame do mérito e tenta, a todo custo, descaracterizar o ato ímprobo ou, ao menos, convencer o Juízo da inexistência de dolo.

Como consequência, a decisão que vier a receber ou rejeitar a petição inicial não pode se limitar a jargões como "recebo a petição inicial, pois presentes os requisitos legais", sob pena de nulidade. Em verdade, tal decisão deve enfrentar detidamente as questões

Recurso Especial n. 858.446/MG. 1a Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Data do julgamento: 12/12/2017. Publicação: 02/02/2018.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.563.455/GO. 2a Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Data do julgamento: 03/10/2017. Publicação: 11/10/2017.



pontuadas pelas partes, porém com cautela, para evitar adentrar profundamente nos meandros mais sensíveis da lide, evitando prejulgamento.

Não à toa, posteriormente à decisão que admite o prosseguimento da lide, a contestação/resposta do acusado, não raras vezes, reproduz o teor da defesa preliminar. Nesse contexto, o juízo de admissibilidade acaba por exigir razoável profundidade no exame da lide e serve também para antever os pontos controvertidos e quais provas são pertinentes à sua elucidação.

Mesmo assim, como dito, a análise do elemento subjetivo é que reclama maior debate, ainda mais quando o fato é incontroverso, cujo embate muitas vezes fica circunscrito a elementos adjacentes, como motivo, finalidade, etc. Por isso, é importante compreender as características do elemento subjetivo na improbidade administrativa e como analisá-lo na fase preliminar.

3. Análise do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa

De início, convém pontuar que a Lei n. 8.429/1992 não apresenta conceitos e/ou definições sobre dolo e culpa no âmbito da improbidade administrativa. Naturalmente, a doutrina e a jurisprudência buscam socorrer-se de outros ramos do Direito que mais detidamente apresentam concepções sobre dolo e culpa no ordenamento jurídico: a) Direito Civil; b) Direito Penal.

No Direito Civil, o dolo é visto como vício de vontade que macula o ato/negócio jurídico. Não busca, em verdade, ver o dolo como forma de representação subjetiva da conduta, o que é realizado, em contrapartida, com maior minúcia pelo Direito Penal, razão pela qual deste se extrai mais substrato para compreensão do elemento subjetivo na esfera da improbidade administrativa⁷.

7 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa *in*: **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**: uma análise crítica a partir de julgados dos tribunais



Não se quer aqui abrir margem para confusões entre os microssistemas do Direito Penal e do Direito Administrativo, até porque cada qual possui princípios norteadores próprios, sem olvidar a natural impossibilidade de exigir, por exemplo, a tipificação exaustiva dos atos passíveis de configurar improbidade administrativa, sob pena de esvaziar por completo o combate à corrupção.

A rigor, o que se quer dizer é que o Direito Penal detém maior profundidade teórica para permitir ao acusador/defensor/julgador retratar a imputação subjetiva da conduta. E, com lastro na doutrina Penal⁸, chega-se à conclusão de que dolo e má-fé não se confundem.

Geralmente, os julgados de primeira e segunda instância focam com muita densidade a discussão da presença da má-fé como pressuposto indissociável do dolo. Acontece que dolo e má-fé não traduzem a mesma ideia, prejudicando, em muitos casos, a correta responsabilização administrativa do agente público e dos beneficiários do ato ímprobo.

Com propriedade, o Ministro Herman Benjamin assim sintetiza o dolo:

“O dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”⁹.

Como se pode ver do excerto acima, não há que se perquirir no exame do dolo a consciência da ilicitude da conduta, tampouco a vontade deliberada de agir em desconformidade com a Lei e deveres básicos da

superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 107/108.

8 A consciência/vontade de realizar o injusto (má-fé) constitui dado a ser perquirido no campo da reprovabilidade/culpabilidade da conduta do agente, destarte, com repercussão apenas na dosagem da sanção.

9 HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ - Recurso Especial n. 951.389/SC - 1a Seção. Data do julgamento: 09/06/2010. Publicação: 04/05/2011, p. 12.



probidade, ou seja, o chamado dolo específico. A lógica dessa assertiva decorre da constatação de que, caso se tenha que investigar, na conduta do agente público e/ou de quem tenha concorrido com o ato ímprobo, a presença do dolo específico, o grau de subjetivismo seria de tal ordem que a prova do dolo seria praticamente impossível.

Basta ver que o ato ímprobo pode restar configurado mesmo em condutas que poderiam traduzir, à primeira vista, a ideia de que a intenção do agente foi benevolente, como o caso do agente público que direciona licitação para favorecer empresas locais com o intento de fomentar o emprego e bem-estar social e econômico em sua região¹⁰.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está evoluindo no sentido de extirpar o exame da má-fé (dolo específico) como dado inerente ao dolo do ato ímprobo. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESPOSA PARA CARGO PÚBLICO. NEPOTISMO.

ILEGALIDADE DO ATO. DOLO GENÉRICO DO AGENTE. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. ENQUADRAMENTO. IMPROBIDADE.

1. O Tribunal de origem, ao decidir a vexata quaestio, consignou (fls. 709/e-STJ): "Veja-se que o recorrido nomeou a esposa em 01/02/2010 (f. 502) acreditando estar agindo em conformidade com a Lei Municipal n.º 1.048/97 que permitia a contratação de servidores do Município de Rio Brilhante pelo critério capacidade pública e notória (f. 44-45). Todavia, referida legislação foi revogada em 2007. Constata-se também que a existência de um projeto de emenda à Lei Orgânica, em dezembro de 2009 (f. 52-53), para permitir a contratação de cônjuge do Prefeito, levou o requerido a acreditar que tal ato tornaria legal a prática do nepotismo. Além disso, as primeiras damas do Município de Rio Brilhante já realizavam o

10 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). op. cit., p. 114.



trabalho desempenhado por Iraci Montanha da Silva (f. 55). Ou seja, havia um costume no citado Município e em outros Municípios do interior do Estado o exercício de cargos em comissão pelas primeiras damas. Ora, havendo a ocorrência do nepotismo, prática reprovável perante a população e sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, é mister a apuração das causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da remuneração recebida e a consecução do interesse público. Presentes tais elementos, é possível identificar a possível prática de atos de improbidade." 2. O Ministério Público, por sua vez, ponderou (fls. 773-774/e-STJ): "O simples fato de o Prefeito do Município ter, poucos meses antes da nomeação de sua esposa, apresentado projeto de emenda à Lei Orgânica Municipal, na tentativa de legalizar a contratação da primeira-dama para o cargo em comissão (o que está devidamente assentado pelas instâncias de origem) já evidencia a sua má-fé. Da mesma forma, sua má-fé também se evidencia pelo fato de, tendo sido sua esposa já nomeada, e constatando a ilegalidade decorrente do não preenchimento da exigência de escolaridade (nível superior completo), em vez de exonerá-la imediatamente, optou por encaminhar um projeto de lei para permitir a contratação de pessoal com base em "capacidade pública e notória".

3. O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. (AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 2/8/2016).

4. Na hipótese dos autos, o fato de o Prefeito do Município ter nomeado sua esposa para cargo em comissão, conquanto esta não possuísse o nível de escolaridade exigido em lei, e, posteriormente, sabedor da ilegalidade da nomeação, ter tentado legitimá-la com encaminhamento



de projeto de emenda à Lei Orgânica Municipal, denotam não apenas o nepotismo, como reconhecido pelo Tribunal de origem, mas também o dolo genérico, configurando-se o ato de improbidade descrito no art. 11 da Lei 8.429/1992.

5. Recurso Especial provido.¹¹ (grifei).

Atente-se que a caracterização do dolo genérico no ato ímprobo exige o exame de dados objetivos, quais sejam, os elementos externos/fáticos que circunscrevem a conduta comissiva ou omissiva.

Nesse ponto, ao apreciar a petição inicial, o magistrado deve apurar o que os elementos indiciários arrimados com a exordial e eventual contraprova da defesa preliminar permitem extrair, sumariamente e objetivamente, da conduta concreta do agente¹².

Cabe salientar que não se deve empreender imersão sobre a real intenção do agente mas, sim, se os elementos de convicção indiciários sugerem que a conduta analisada destoa objetivamente dos preceitos de honestidade, legalidade, lealdade e moralidade que permeiam a atuação estatal.

Não se quer com isso abrir margem para repreensão desmedida de meras irregularidades. Sinceramente, meandros fáticos próprios a cada situação concreta podem receber interpretações variadas por cada julgador, muitas vezes contaminadas por impressões (valores) pessoais que pendem ora para o lado mais complacente, ora para viés mais repreensor.

Há que se cuidar, em verdade, com a representação subjetiva da conduta, apurando se houve consciência e vontade voltadas para o enriquecimento próprio ou de outrem, bem como para lesar o erário e vilipendiar os princípios que norteiam a Administração Pública.

11 Por exemplo, se a conduta deu azo ao enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros, se abriu espaço para prejuízo do erário, tudo ao arrepio da legislação de regência.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.635.464/MS. 2a Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 13/12/2016. Publicação: 19.12.2016.



Quanto à culpa, a doutrina e a jurisprudência divergem se é possível a responsabilização culposa em todas as tipologias previstas (enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da Administração Pública) ou em nenhuma delas.

Ocorre que, diante da menção à culpa apenas nas condutas que causam prejuízo ao erário (artigo 10), é certo que a responsabilização por culpa é excepcional e admitida apenas nessa hipótese, não se cogitando de interpretação extensiva para as demais ante o silêncio do legislador.

Nessa toada, adotando-se a premissa que permeia o Direito Penal, pressupõe-se a realização de conduta ímproba culposa quando esta gera resultado (prejuízo ao erário) não intencional, decorrente da violação de obrigação objetiva de cautela, cujas circunstâncias do caso concreto permitissem ao agente antever, objetivamente, a probabilidade considerável de ocorrência do resultado¹³.

Na apuração da culpa, cumpre investigar o comportamento correto que deveria ser empregado pelo agente e vislumbrar qualquer desvio que tenha contribuído decisivamente para o advento do resultado. É crucial, ainda, reconhecer ou não a previsibilidade objetiva do resultado, ou seja, com base nas regras de experiência, avaliar, em função das peculiaridades do caso concreto, se era possível antever que a conduta incauta poderia ocasionar prejuízo ao erário.

Pode-se tomar como baliza para aferição da culpa o grau de responsabilidade do cargo público, a expertise dos envolvidos, a experiência, a presença ou não de advertência ao risco de dano, entre outros fatores.

Em apertada síntese, é o que se deve buscar na identificação de ato de improbidade administrativa culposos.

13 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 8a** ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.



4. Conclusão

O enfrentamento da corrupção, esta traduzida nos atos de improbidade administrativa, evoluiu no ordenamento jurídico, contudo, sem deixar de sofrer reações que tendem, ainda que dissimuladamente, a conter os avanços conquistados com a Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.429/1992.

A fase preliminar de recebimento ou não da petição inicial em ação civil pública voltada à responsabilização por ato de improbidade administrativa, inequivocamente, constitui uma das reações acima mencionadas.

Mesmo assim, a doutrina e a jurisprudência, acertadamente, destacam que, em caso de dúvida, prevalece o princípio *in dubio pro societate*. De qualquer forma, o juízo de admissibilidade traz dificuldades cotidianas ao magistrado, notadamente na apreciação do elemento subjetivo do ato ímprobo, decorrente da equivocada premissa de que se deve aferir a intenção (má-fé) do agente.

Nota-se, porém, que o Superior Tribunal de Justiça destaca a desnecessidade da apuração do dolo específico, com apoio inequívoco na referência doutrinária do Direito Penal para correta identificação do dolo e da culpa.

É claro que o recebimento ou não da petição inicial demanda o enfrentamento de meandros fáticos, cuja percepção pode variar conforme o julgador. Todavia, a exigência de apontamento dos dados objetivos da conduta ímproba, a despeito de exigir maior esforço argumentativo, confere, sem dúvida, maior grau de certeza na aferição do dolo.

Dito isso, espera-se que este singelo trabalho sirva para orientar operadores do Direito, em especial magistrados, na árdua tarefa atinente ao julgamento das ações de improbidade administrativa.



Referências bibliográficas

BURLE FILHO, José Emmanuel; MILARÉ, Edis (Org). Ação Civil Pública e a Tutela da Probidade Administrativa **in: Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa **in: Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir de julgados dos tribunais superiores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

