

ASPECTOS DESTACADOS DA REJEIÇÃO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

HIGHLIGHTED ASPECTS OF THE REJECTION OF THE ADMINISTRATIVE MISCONDUCT ACTION

Gustavo Henrique Schneider Nunes¹

RESUMO

É diferenciado o procedimento da ação de improbidade administrativa, por possuir uma fase preliminar, anterior ao recebimento da petição inicial. O requerido manifesta-se por meio de uma defesa prévia, que, se acolhida, provocará a rejeição da ação. Este artigo versará sobre a rejeição da ação por ausência de indícios suficientes (justa causa), por ausência da individualização das condutas dos requeridos e por ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Admissibilidade. Rejeição da ação.

ABSTRACT

The procedure for the administrative misconduct action is different because it has a preliminary stage, prior to the receipt of the initial petition. The defendant manifests itself by means of a prior defense, which, if accepted, will lead to the rejection of the action. This article will deal with the rejection of the action for lack of sufficient evidence (just cause), for the lack of individualization of the defendants' conduct and for the absence of demonstration of the subjective element of the type.

KEYWORDS: Administrative misconduct. Prior defense. Rejection of the action.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Coordenador e Professor do Curso de Direito do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior – IMMES. Professor do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro – IMESB. Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Escola Superior de Direito – ESD e do Centro Universitário UNIFAFIBE. Advogado. E-mail: ghsnunes@aasp.org.br

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar aspectos destacados da fase preliminar do procedimento da ação de improbidade administrativa, consistentes em hipóteses centrais e problemáticas de rejeição liminar da demanda, ou seja, almeja-se averiguar a possibilidade de obstruir o prosseguimento da causa antes do efetivo recebimento da petição inicial, quando o juiz se deparar com uma das seguintes situações problemáticas: ausência de indícios suficientes (justa causa), ausência da individualização das condutas dos requeridos e ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo.

1. DEFESA PRÉVIA

Como acontece em toda e qualquer espécie de demanda civil quando de seu ajuizamento, o juiz deve examinar o preenchimento dos pressupostos processuais, das condições da ação, se há alguma hipótese de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido. Estando tudo em ordem, deve determinar a citação do réu. Se houver vício sanável, passível de correção, deve determinar a emenda ou aditamento da petição inicial, no prazo de 15 dias, sob pena de indeferimento da petição inicial.

No entanto, no procedimento de ação de improbidade administrativa essa atuação do juiz é acentuada e imperativa, porque ele tem o dever de estancar desde logo a ação que se apresenta irregular, ante à gravidade de manter o agente público no polo passivo da demanda, e também porque nenhuma ação, seja ela de que natureza for, pode subsistir quando apresentar graves e insuperáveis deficiências.²

Caso uma dessas situações ensejadoras da obstrução inicial do procedimento não seja visualizada inicialmente pelo juiz, permite a lei que o réu venha a apontar da existência de um defeito contido na manifestação do autor, que poderá culminar na extinção do processo sem resolução do mérito.

Isso se dá porque o procedimento da ação de improbidade administrativa é marcado pela seguinte particularidade: o requerido é notificado para manifestar-se, por

² MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Indeferimento da Inicial e Rejeição Liminar da Ação de Improbidade Administrativa. **Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92.** (COORDENADORES: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena). 2ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 177.

escrito, em defesa prévia, no prazo de 15 dias, podendo juntar os documentos que entender pertinentes (art. 17, § 7º, Lei nº 8.429/92).

Trata-se de uma situação processual nitidamente influenciada pelo procedimento da defesa preliminar disciplinado pelos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal, relacionados ao processo e julgamento de crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.³ “A intenção desta exigência procedimental foi a de preservar os funcionários públicos do constrangimento de responder a processos de responsabilidade funcional claramente infundados, cujos reflexos negativos podem se estender ao próprio serviço público”.⁴

Portanto, a defesa prévia oportuniza ao requerido algo semelhante ao que ocorre na esfera do processo penal, em que há uma defesa preliminar anterior ao recebimento da petição inicial,⁵ para que o juiz possa analisar se é caso de rejeitar de plano a ação, em razão de inexistência de ato caracterizador de improbidade administrativa, de improcedência liminar do pedido ou de inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, Lei nº 8.429/92).

Este artigo não pretende ser exaustivo quanto à abordagem das hipóteses que norteiam a rejeição liminar da ação de improbidade. O que se pretende desenvolver, conforme já assinalado, é tratar da rejeição nos casos de ausência de indícios suficientes (justa causa), de ausência da individualização das condutas dos requeridos e de ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo.

2. REJEIÇÃO DA AÇÃO POR FALTA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE

O procedimento da ação de improbidade administrativa possui uma fase preliminar, regulada nos parágrafos 6º a 12 do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, segundo a qual opera-se, nesta oportunidade, um juízo de admissibilidade da ação.

³ BUENO, Cássio Scarpinella, O Procedimento Especial da Ação Civil Pública Por Ato de Improbidade Administrativa. **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais** (COORDENADORES: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende). 2ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 153.

⁴ MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Indeferimento da Inicial e Rejeição Liminar da Ação de Improbidade Administrativa, p. 175.

⁵ PAVAN, Dorival Renato; CAPELARI, Bruna. O Art. 17 da Lei nº 8.429/92 e Os Principais Aspectos Processuais da Ação de Improbidade Administrativa. **Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. (COORDENADORES: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena). 2ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76.

Segundo a doutrina especializada,

o objetivo da LIA, nesse particular, é permitir aos agentes públicos [e a terceiros] a antecipação de sua defesa, estabelecendo um “contraditório prévio”, para que o juiz possa decidir com maior segurança, somente dando prosseguimento àquelas ações que tiverem alguma possibilidade de êxito e bloqueando aquelas que não passem de alegações especulativas, sem provas ou indícios concretos.⁶

O § 6º do referido art. 17, prevê que a ação deve ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

É preciso que se tenha lastro probatório mínimo a indicar a prática de atos de improbidade administrativa, diferentemente das provas exigidas para o processamento de outros tipos de demandas, porque, do contrário, não haverá justa causa, e isso, por via de consequência, acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito, por deparar-se com ação que, em cognição sumária, já se percebe ser “natimorta”.

Não se trata da exigência de prova cabal ou plena, mas de elementos que apontem o preenchimento de um juízo de verossimilhança. As provas ou indícios devem ser críveis e não incríveis – no sentido de inacreditáveis, de carentes de razoabilidade, à luz da realidade fática.

Ao passo que Estado possui limites de atuação derivados da Constituição Federal, os cidadãos são detentores de direitos e garantias fundamentais que lhes protegem de eventuais abusos ou excessos de poder. Nessa senda, o agente público somente poderá ter a sua esfera jurídica molestada se houver contra ele um justo motivo, amparado por elementos probatórios que indiquem a prática de ato ilícito, reprimido pelo ordenamento jurídico.

No âmbito da ação de improbidade administrativa existe um conflito de interesses representado pelo interesse estatal em combater a ilicitude cometida por agente público e a dignidade deste mesmo agente bem como o direito à honra e o bom nome, entre outros direitos, de modo que, em razão da potencialidade de serem aplicadas sanções tão severas, o procedimento da ação de improbidade administrativa exige a indispensável presença da justa

⁶ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematisado**. 3ed. São Paulo: Método, 2013, p. 776.

causa, representada por documentos, provas técnicas, depoimento extrajudiciais e toda sorte de elementos capazes de atestar a seriedade da medida.⁷

As meras alegações desenvolvidas em sede de petição inicial não são suficientes para afastarem, por si só, a presunção de veracidade dos atos administrativo, com a presença de todos os seus elementos.

Segundo lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, este princípio, o da presunção da legalidade,

abrange dois aspectos: “de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à ‘certeza dos fatos’; de outro lado, a presunção de legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados em observância das normas legais pertinentes.⁸

Trata-se, certamente, de uma presunção relativa, que admite prova em sentido contrário para afastá-la, recaindo tal ônus sobre o requerente.

Por isso, exige-se robustez no tocante à formação de seu convencimento e de seu respectivo agir, sendo de rigor a realização de uma análise crítica sobre o material que tem em mãos, a fim de evitar o surgimento de uma lide temerária, com grande potencialidade de risco de dano grave ou de difícil reparação a quem estiver figurando no polo passivo, diante da indisponibilidade de seus bens, do trauma psicológico sofrido por responderem por algo que talvez não fizeram e de suportarem os traumas decorrentes de uma relação processual dessa natureza e nessas condições.

Em realidade, em casos tais, desprovidos de justa causa, a ação deve ser obstada *ad initio*, por veicular alegações meramente especulativas, sem respaldo em provas ou indícios minimamente seguros, a ponto de violar direitos fundamentais do sujeito acusado indevidamente, entre os quais o da dignidade da pessoa humana e o da segurança jurídica.⁹

Das assertivas sempre certas de Cassio Scarpinella Bueno, importa destacar que

os documentos, as justificações, as escusas e a conduta de quem pretende tipificar ato(s) de improbidade administrativa serão analisados não só no decorrer do procedimento (mais aprofundadamente na fase instrutória), mas

⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei nº 8.429/92**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 564-565.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 100.

⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei nº 8.429/92**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 566.

receberão um juízo de admissibilidade expresso e bastante profundo (até mesmo exauriente, quando a hipótese é de declaração da inexistência do ato de improbidade ou de improcedência da ação), logo após o estabelecimento do prévio contraditório, na forma como disciplinam os precitados § § 7º e 8º. Daí que a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve ser proporcionalmente mais substancial do que as outras ações que não têm esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório tão aguda. Nestas condições, a delimitação dos fatos, da causa de pedir, e a produção da correspondente prova (quando disponível de imediato) devem ser impecáveis, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição com apreciação do mérito.¹⁰

Nesse contexto, se o autor ajuizar a ação se possuir o necessário lastro probatório mínimo, talvez por pretender provar o alegado no decorrer da fase instrutória, como nas ações de outra natureza, sua mira estará descalibrada, devendo a petição inicial ser rejeitada, sem sequer se cogitar aqui da aplicação do princípio do *in dubio pro societate*.

Nunca é demais recordar a veracidade do adágio de que a boa-fé sempre se presume, enquanto que a demonstração de má-fé exige prova inequívoca quanto à sua caracterização, e, nessa ordem de ideias, a conclusão pela probidade deve prevalecer se não existir a comprovação mínima das condutas tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa e imputadas ao acusado.

É importante que exista intensa vigilância na observância da legalidade, sobretudo em assuntos que guardem pertinência com a defesa do interesse público, mas isso não pode jamais permitir a presunção de improbidade dos atos administrativos, na medida em que, admitiria o processamento de ação precária, que se sabe de antemão meramente especulativa, a ponto de afetar justamente aquilo que se propõe a defender, porque fere o interesse público qualquer lide que seja classificada como temerária.

3. REJEIÇÃO DA AÇÃO PELA AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTAS

A petição inicial da ação de improbidade administrativa deve conter a exposição do ato classificado como de improbidade administrativa, com todas as suas circunstâncias, à semelhança do que se exige em relação à denúncia, peça acusatória nos casos de crime de

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa. **Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais**. (COORDENADORES: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende). 2ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145.

ação penal de iniciativa pública, nos termos do que prevê o art. 41 do Código de Processo Penal.

A descrição deve se reportar a dados fáticos individualizados da realidade, não sendo suficiente a mera repetição da descrição típica. Deve-se indicar, precisamente, o *que* aconteceu, *quando*, *onde*, *por quem*, *contra quem*, *de que modo*, *por que motivo*, *com qual finalidade*, dentre outros apontamentos.

É imprescindível descrever a participação individualizada de cada requerido, não podendo se admitir que, ao invés de narrar o fato pormenorizadamente, limite-se a descrever o tipo penal ou expressões genéricas que foram utilizadas anteriormente no plano do inquérito civil ou de qualquer outro procedimento preliminar, para que assim não seja inviabilizado o exercício do contraditório e da ampla defesa, nem seja estabelecido entendimento que acolha a ideia de responsabilidade penal objetiva.

Ora, como alguém pode se valer efetivamente de suas garantias processuais previstas na Constituição, se contra si lhe é imputado um fato genérico, que teria sido praticado com uma ou mais de uma pessoa, do qual tudo e nada ao mesmo tempo pode ser extraído, conforme o juízo de conveniência a ser feito, com alta carga de subjetividade?

A não individualização, concreta e pormenorizada, da conduta que, em tese, caracteriza ato de improbidade administrativa, gera a impossibilidade de se analisar o próprio mérito da demanda, não apenas em razão da existência de cerceamento de defesa, mas também porque, em função do vício, mostra-se igualmente impossível delinear a lide a ser desenvolvida.

Por isso, tem-se por imprescindível a individualização das condutas, não podendo, ademais, ser ultrapassada, em espécie ou quantidade, o limite da culpabilidade do suposto autor do fato caracterizador de improbidade administrativa, porque, do contrário, estar-se-ia a inverter, ilegitimamente, o ônus da prova, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao indicar a obrigatoriedade da individualização de condutas para que seja feita a individualização das penas:

1. No caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra o ex-Presidente e o ex-Diretor de Administração da Casa da Moeda, com fundamento no art. 11, I, da Lei 8.429/92, em face de supostas irregularidades em contratos firmados sem a realização de processo licitatório. Por ocasião da sentença, o magistrado em

primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pedido da referida ação para reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e condenar os requeridos, com base no art. 12, III, da Lei 8.429/92. (...) 5. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa. 6. Na hipótese examinada, os recorrentes foram condenados na sentença ao pagamento de multa civil “correspondente a cinco vezes o valor da remuneração recebida pelos Réus à época em que atuavam na Casa da Moeda do Brasil (CMB) no período da contratação irregular, devidamente atualizado até o efetivo pagamento, bem como decretar a perda da função pública que eventualmente exerçam na atualidade, a suspensão dos direitos políticos por três anos e a proibição dos Réus de contratarem com o Poder Público pelo prazo de três anos” (fls. 371/378), o que foi mantido integralmente pela Corte a quo. Assim, não obstante a prática de ato de improbidade administrativa pelos recorrentes, a imposição cumulativa de todas as sanções previstas na referida legislação não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tal consideração impõe a redução do valor da multa civil de cinco para três vezes o valor da remuneração, bem como autoriza o afastamento da sanção de suspensão dos direitos políticos dos recorrentes. 7. Provimento parcial dos recursos especiais, tão-somente para readequar as sanções impostas aos recorrentes.¹¹

Houve evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para reconhecer como inepta a denúncia genérica, nos crimes societários, cujo raciocínio, *mutatis mutandis*, aplica-se aqui. *In verbis*:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de que a descrição genérica da conduta dos crimes societários viola o princípio da ampla defesa. É inepta a denúncia pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária quando fundada tão somente na circunstância de o paciente constar do quadro societário da empresa. É necessário o mínimo de individualização da conduta e a indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata, sem o que fica impossibilitado o exercício da ampla defesa (Constituição do Brasil, art. 5º, inciso LV). Ordem concedida (STF, HC nº 93.683/ES, Rel. Min. Eros Grau, DJe 074, Divulgado em 24.4.2008, Publicado em 25.4.2008). 1. Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 1.990). Crime societário. 2. Alegação de denúncia genérica e que estaria respaldada exclusivamente em processo administrativo. Ausência de justa causa para a ação penal. Pedido de trancamento. 3. Dispensabilidade do inquérito policial para instauração da ação penal (art. 46, § 1º, CPP). 4. Mudança de orientação jurisprudencial que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não

¹¹ STJ, Primeira Turma, REsp 875.425/RJ, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009.

individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes: HC nº 86.294/SP, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria, DJ de 03.02.2006; HC nº 85.579/MA, 2ª Turma, unânime, de minha relatoria, DJ de 24.05.2005; HC nº 80.812/PA, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria para o acórdão, DJ de 05.03.2004; HC nº 73.903/CE, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1.997; e HC nº 74.791/RJ, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 09.05.1.997. 5. Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados. 6. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da ampla defesa, do contraditório (CF, art. 5º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Precedentes: HC nº 73.590/SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.12.1.996; e HC nº 70.763/DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.09.1.994. 7. No caso concreto, a denúncia é inepta porque não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, a conduta dos pacientes. 8. Habeas corpus deferido.¹²

Entretanto, verificada a inépcia da petição inicial pela falta de individualizada das condutas dos acusados, antes de rejeitá-la, deve o juiz, por influência do princípio da cooperação, determinar a sua emenda, indicando precisamente a conduta que deve ser empreendida pelo autor, no prazo de quinze dias úteis, sob pena de – e somente aí – extinção do processo sem resolução do mérito.

4. REJEIÇÃO DA AÇÃO PELA NÃO DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

A Lei de Improbidade Administrativa considera como sujeitos ativos tanto o agente público (art. 1º), quanto o terceiro (art. 3º), 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, não bastando o autor, genericamente, em sua petição inicial, alegar que o requerido agiu com dolo ou culpa, sem nada demonstrar de concreto quanto ao que foi relatado.

Exige-se, por certo, a descrição pormenorizada e a demonstração efetiva do elemento subjetivo previsto no tipo.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento

¹² STF, HC nº 85.327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 20.10.2006, p. 088.

subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10. Precedentes: (...).¹³

Portanto, não demonstrada a participação do requerido para a consumação do ato de improbidade, bem como a ausência de indicação de qual tenha sido o elemento subjetivo do tipo, a ação, também por esse motivo, deve ser rejeitada.

4. DA REJEIÇÃO LIMINAR DA AÇÃO PELA AUSÊNCIA DE LESIVIDADE

Não é qualquer tipo de ato que pode ser caracterizado como de improbidade administrativa. O ato praticado ao arrepio da lei, mas que não tenha causado dano ao erário, não pode ensejar a responsabilização do seu agente causador, se, em suma, o que restou foi somente a prática de uma mera irregularidade.

Consoante salientado por Pedro da Silva Dinamarco:

Ato lesivo é todo aquele portador de dano efetivo e concreto ao patrimônio de alguém. É preciso examinar o ato tal como ocorrido, tratando em seguida de saber se dele decorreu dano. Para se ter um ato lesivo e, portanto, indenizável, é necessário que ele já tenha causado dano. Logo, há que se deixar de lado exercício de futurologia. Aliás, em toda a disciplina da nulidade dos atos jurídicos em geral (privados ou públicos), o prejuízo concreto é que justifica a anulação (*pás de nulité sans grieg*). Daí o motivo para só caber a invalidação do ato ou o pedido de ressarcimento quando algum efetivo prejuízo existir. Se o ato se realizou e não causou prejuízo algum, ou se prejuízo algum foi provado (o que traz o mesmo resultado prático, pois *quod non este in actis non est in mundo*), a proclamação de eventual nulidade ou a procedência do pleito ressarcitório não tem lugar.¹⁴

Como bem tratado por Nelson Nery Júnior e Georges Abboud,

Meras irregularidades ou mesmo ilegalidades não são, *per se*, aptas a caracterizar improbidade administrativa. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na L 8429/92: a lei alcança o administrador desonesto [e o terceiro que age desse modo], não o inábil. Ilegalidade não é improbidade, sob pena de *errores in iudicando* e *errores in procedendo* dos juízes serem acoimados de atos de improbidade, ou todos os mandados de segurança que tiverem sido acolhidos pelo Poder Judiciário – porque o ato coator foi *ilegal* –, trariam como consequência o apenamento da autoridade coatora por improbidade administrativa! Ademais, o ato de improbidade, ou

¹³ STJ, 1ª Turma, REsp 1.192.056/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Benedito Gonçalves, j. 17.04.2012, *DJe* 26.09.2012.

¹⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 291.

seja, as hipóteses previstas na LIA 9º e 11 são puníveis a título de dolo, ainda que genérico.¹⁵

Se, em tese, verificar-se a ocorrência de uma lesividade irrelevante ao erário, decorrente de alguma situação de baixa importância econômica que, quiçá, tenha passado despercebida, vale destacar que não se deve tratar essa conduta como ato de improbidade, porque, conforme Marçal Justen Filho,

Não é cabível estabelecer uma espécie de *ficção* de lesão aos cofres públicos, determinando que toda e qualquer conduta enquadrável no elenco do art. 10 configuraria ato de improbidade. Isso infringiria a noção de improbidade em geral e o próprio texto do art. 10, que explicitamente alude a ato ‘que acusa lesão ao erário’. A conjugação entre o *caput* do art. 10 e seus incs. apresenta ainda maior relevância em virtude das alterações legislativas supervenientes. Diversos incisos foram acrescentados ao referido art. 10. As inovações devem ser interpretadas de modo sistemático, para evitar que o sancionamento por improbidade seja imposto em face de condutas destituídas de maior gravidade.¹⁶

No mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Precedentes: AgRg no Ag 1.386.249/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/4/2012; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zvascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010; e AgRg no AREsp 21.662/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/2/2012 (...).¹⁷

No que diz respeito à alegação de improbidade administrativa por atentado contra os princípios fundamentais insculpidos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo, vale enfatizar que seja feita uma interpretação restritiva, com o propósito de impedir que toda e qualquer infração venha a ser transformada em ato de improbidade.

Novamente, deve ser invocada a doutrina de Marçal Justen Filho, porque a questão em análise perpassa pela composição complexa do tipo:

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 417.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 946.

¹⁷ STJ, 1ª Turma, REsp nº 1.173.677/MG, Re. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 20.08.2013, DJe 30.08.2013.

O ponto fundamental reside em que o art. 11 disciplina hipóteses de improbidade, não de desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade, ou seja, é indispensável a configuração de improbidade *mais* desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade. Assim, se o sujeito simplesmente adota uma interpretação que ofende a lei, não é possível submetê-lo ao sancionamento por improbidade. Pode haver ilegalidade, mas a tipificação da conduta em vista do art. 11 pressupõe, ademais disso, a verificação de danosidade ou reprovabilidade extraordinárias.¹⁸

O Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo desse modo, sendo transcrita a seguir a ementa de um acórdão representativo da controvérsia em reforço ao posicionamento doutrinário ora adotado:

(...) a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliada poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.¹⁹

Com efeito, a ilegalidade do ato ímprobo deve estar acompanhada da existência de lesividade, formando-se assim um binômio *ilegalidade-lesividade*, sem o qual não pode o requerido ser responsabilizado objetivamente,²⁰ devendo, ao contrário disso, o juiz rejeitar a petição inicial, quando, desde logo, visualizar a ausência de lesividade ao erário, não se cogitando, no caso, de emenda.

CONCLUSÕES

A ação de improbidade administrativa possui forte propósito punitivo e, por essa razão, o seu procedimento conta com uma fase preliminar que permite a rejeição da demanda antes do efetivo recebimento da petição inicial, de modo semelhante ao que ocorre nas ações penais.

Essa possibilidade de obstar o prosseguimento da causa é um traço característico do procedimento da ação de improbidade administrativa, sobretudo diante das hipóteses analisados (ausência de indícios suficientes de ato administrativo, ausência de

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 950.

¹⁹ STJ, 1ª Turma, REsp 980.706/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03.02.2011, *DJe* 23.02.2011.

²⁰ Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1140315 / SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 10.08.2010, *DJe* 19.08.2010.

individualização de condutas no caso de litisconsórcio passivo e ausência de demonstração efetiva do elemento subjetivo do tipo), porque assim pode-se evitar a tramitação de uma causa que se sabe inócua desde o início, baseada em alegações especulativas, capaz de comprometer o devido processo legal, o contraditório, a duração razoável do processo, a dignidade, a honra e a imagem do sujeito contra o qual é imputada a prática de um ato de improbidade administrativa, entre outros direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**. 3ed. São Paulo: Método, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa. **Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais**. (COORDENADORES: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende). 2ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Indeferimento da Inicial e Rejeição Liminar da Ação de Improbidade Administrativa. **Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. (COORDENADORES: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena). 2ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei nº 8.429/92**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAVAN, Dorival Renato; CAPELARI, Bruna. O Art. 17 da Lei nº 8.429/92 e Os Principais Aspectos Processuais da Ação de Improbidade Administrativa. **Improbidade Administrativa: Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. (COORDENADORES: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena). 2ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Submetido em 01.10.2019

Aceito em 07.10.2019