

Da aplicação do princípio da segregação das funções na ação de improbidade

Marcos Machado

Delimitação do tema: indisponibilidade de bens

A indisponibilidade de bens é consequência lógica do ato de improbidade que causou lesão ao patrimônio público, por força do disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que preceitua: os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Do direito aplicado: Art. 7º, § único da Lei n.º 8.429/92

O c. STJ tem reconhecido que :

[...]

4. *Para a decretação de indisponibilidade de bens e direitos dos investigados em ações de improbidade administrativa, faz-se necessária a presença simultânea de indícios veementes da prática de atos de improbidade administrativa – fumus boni iuris. Bem assim a indicação de que os requeridos intencionam desfazer-se ou dilapidar seu patrimônio ou não possam, ao final da ação, cumprir com eventual condenação – periculum in mora.*

5.

6. *O simples ajuizamento da ação de improbidade não pode servir como pressuposto para o deferimento do bloqueio de bens do investigado, como há muito já sedimentou o eg. STJ, ao registrar que “A medida acautelatória de indisponibilidade de bens só tem guarida quando há fumus boni iuris e periculum in mora. O só ajuizamento da ação civil por ato de improbidade não é suficiente para a decretação da indisponibilidade dos bens” (REsp 469366 / PR. Relatora Ministra ELIANA CALMON. 2ª Turma. DJ de 02/06/2003).*

Em matéria de improbidade, a jurisprudência do c. STJ (Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, REsp 939142/RJ, REsp 678.115/RS; REsp 285.305/DF; REsp

714.935/PR; AgRg no Ag 1324212/MG; REsp 1140315/SP, e REsp 939.118 –SP), ainda tem se firmado nas seguintes premissas:

- A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvado pela má-intenção do administrador;

- A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92);

- O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, *caput*, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido.

Disto isso, vejamos.

A responsabilização civil envolve o dever da parte culpada indenizar a parte inocente pelas perdas e danos derivados da inexecução.” (Justen Filho, Marçal Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9a ed., São Paulo, Editora)

Prevê o Código Civil vigente:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência', violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilização [por improbidade administrativa] obedece aos princípios do direito civil.

Logo, pressupõe que o agente público concorra ou participe direta ou indiretamente, com atos ou ações que causaram o resultado lesivo.

Cada agente público é responsável pelos seus atos, não podendo atribuir qualquer fato ou ato administrativo ao outro agente.

Essa premissa destacada atrai aplicação do princípio da separação da segregação das funções.

Esse princípio encontra-se consagrado na jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União – TCU, *in verbis*:

“Segregação de funções - princípio básico do sistema de controle interno que consiste na separação de funções, nomeadamente de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações. (TCU, Portaria n.º 63/96, Glossário)”

O Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Lei n.º 8.666/93 - licitações e contratos - outras normas pertinentes: organização dos textos e índices. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Art. 51, § 4º), sintetiza o princípio da separação da segregação das funções: “segregar significa dividir as funções administrativas...”.

Dispõe o Decreto-lei n.º 200/67 que:

“Art. 80.....

§ 1º.....

§ 2º O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.”

Logo, para aferição de improbidade administrativa, notadamente a indisponibilidade de bens, é preciso considerar as outras funções administrativas envolvidas – Função Comissionada, Função de Assessoramento Superior, Função de Confiança, Função de Direção, Chefia ou Assessoramento ou Cargo de natureza especial. Em outras palavras, observar quais foram os agentes que atuaram na consecução do ato administrativa, conforme a natureza da função de um ou outro, e se deixaram de cumprir com as suas responsabilidades decorrentes de lei ou regulamento.

Para que seja possível afirmar existência de improbidade, mostra-se imperativo apurar o nexo de causalidade.

A responsabilidade solidária do agente público tem natureza subjetiva, visto que a “constrição patrimonial” não pode ser respaldada em responsabilidade

objetiva (TCU, Processo n.º 003.179/2001-8 – Acórdão 1530/2008 - Min. Ministro Benjamin Zymler).

Por outra quadra, não é justo, no sentido de ser autorizado pelo Direito, a utilização da presunção para se impor responsabilidade sem elemento indireto antecedente.

A presunção é um campo fértil para a imprecisão, dubiedade e incerteza. Supor que um fato tenha ocorrido sem prova é uma ficção jurídica.

Para identificação de dolo ou culpa *lato sensu*, necessário se faz percorrer a comprovação do elemento subjetivo, do dano e do nexa causal, e tais consequências nascem com o devido processo legal.

O dever de agir tem como pressuposto lógico o conhecimento do ato ou fato jurídico.

A responsabilidade nasce do prévio conhecimento.

Na esteira de inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União - TCU, a culpa não se presume, porque “...não há provas ou mesmo indícios de que os agentes públicos tenham se locupletado com as irregularidades ou tenham agido em conluio com as entidades privadas.” (Acórdão 333/2010 – Plenário – Processo 003.179/2001-8)

No voto proferido (TCU, Processo 019.854/2005-0 – Acórdão 91/2008 – Plenário) pelo do Ministro Valmir Campelo, restou consignado:

“A meu sentir, presumir a participação de superiores em quaisquer atos de seus subordinados seria admitir a responsabilidade objetiva, enquanto a orientação jurisprudencial desta Casa é no sentido de condenar com base na responsabilidade subjetiva, a partir da apuração do nexa de causalidade antes referido, dependendo da presença de culpa ou dolo.”

Igualmente (Ministro Valmir Campelo do Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU], no Processo 016.633/2006-4, que gerou o Acórdão 3051/2008 – Plenário) destacou que :

“...Creio que presumir a participação de agentes da Fundação no suposto acordo para cobrança de preços fora do razoável seria admitir a responsabilidade objetiva, enquanto a orientação jurisprudencial desta Casa é no sentido de condenar baseado na responsabilidade subjetiva, apurada pela verificação do nexa de causalidade entre a infração

praticada ou o dano experimentado e o comportamento do servidor, dependendo da presença de culpa ou dolo.”

Em qualquer relação obrigacional, legal ou contratual, cada parte tem a dever de cumprir com o objeto que lhe for atribuído ou imputado a tempo, forma e modo.

Note-se que no contrato administrativo, o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado (Lei de Licitações, Art.70).

A inexecução, ou a execução defeituosa, dos deveres legais e contratuais implica na responsabilização do inadimplente, que poderá ser acionado civil, penal e administrativamente.

Conclusão

Pelo exposto, conclui que:

Para indisponibilidade de bens, em ação de improbidade administrativa, através do bloqueio de valores ou restrição de venda ou utilização em garantia de negócio jurídico, exige-se a individualização da conduta do agente público para a consecução do dano, desvio ou apropriação de recurso público, bem como a indicação possível do valor do dano que teria incorrido o agente ou supostamente apropriado/desviado de forma indevida, por corolário do princípio da segregação das funções administrativas.