

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DA EFETIVIDADE DA TUTELA
JURIDICIONAL DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

MARCELO EUGÊNIO FEITOSA ALMEIDA

**RECIFE
2010**

MARCELO EUGÊNIO FEITOSA ALMEIDA

**MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DA EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Professor Doutor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti

**RECIFE
2010**

A447m

Almeida, Marcelo Eugênio Feitosa.

Medidas assecuratórias da efetividade da tutela jurisdicional da probidade administrativa / Marcelo Eugênio Feitosa Almeida; orientador Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti, 2010.

159 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2010.

1. Improbidade administrativa. 2. Corrupção administrativa.
I. Título.

CDU 34:35



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania
Linhas de pesquisa: Processo e Dogmática

**Dissertação: MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DA EFETIVIDADE DA
TUTELA JURIDICIONAL DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

Autor: MARCELO EUGÊNIO FEITOSA ALMEIDA

Defesa Pública ocorrida em 09 de abril de 2010, às 10:00h, na sala 04, bloco G,
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, à Rua do Príncipe, 526 Boa Vista -
CEP 50050-900, Recife - PE - Brasil

Dissertação e Defesa pública apresentadas no Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito para obtenção do
grau de Mestre em Direito, tendo como resultado final: APROVADO.

Submetida à Banca Examinadora, integrada pelos Professores:

Orientador: Professor Doutor Francisco Oueiroz Bezerra Cavalcanti

Examinador interno: Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira

Examinador externo (UFPE): Professor Doutor Marcos Antônio Rios da Nóbrega

RESUMO

ALMEIDA, Marcelo E. F. Medidas Assecuratórias da Efetividade da Tutela Jurisdicional da Probidade Administrativa. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre. Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. 2009. 152.

Palavras Chave: Improbidade Administrativa. Ação de Improbidade Administrativa. Efetividade do processo.

A pesquisa refere-se a medidas assecuratórias que proporcionem e garantam efetividade à tutela judicial da probidade administrativa, considerando a concepção de processo como instrumento de uma tutela jurisdicional efetiva e garantidora de resultados, sob pena de tornar a legislação referente ao controle da Administração num cabedal de normas meramente simbólicas. Dentre as técnicas processuais expressamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, há medidas específicas: a indisponibilidades de bens (art 7º); o seqüestro de bens (art 16º) e afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função (art 20, parágrafo único). Todavia, pretende-se demonstrar que, além dessas três medidas específicas previstas na Lei de Improbidade, há outros instrumentos e técnicas processuais adequadas que, aliadas a interpretações que conferem máxima efetividade ao sistema de normas referido, ensejam uma proteção efetiva do Princípio da Moralidade Administrativa.

ABSTRACT

This research refers some measures that provide and ensure effectiveness of legal protection of Administrative probity, considering the proceeding as an instrument of effective judicial protection, preventing a failing legislation, in other words, a leather standards merely symbolic. Among technical procedures expressly in Improbability Administrative Law(No. 8429 of 2 June 199), for example: the unavailability of goods (Article 7); asset forfeiture (Art 16 °) and removal of the agent the exercise of public office, employment or function (Article 20, paragraph), we intend to demonstrate others tools and techniques appropriated, that associated with the interpretations that give maximum effectiveness for our System of Rules, that seeks effectiveness a real protection of the Principle of Administrative Morality .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. DOS CUSTOS DA IMPROBIDADE COMO JUTIFICATIVAS DE MEDIDAS ADEQUADAS E EFETIVAS PARA A TUTELA DA PROIBIDDE ADMINISTRATIVA.....	11
2. DO RESULTADO PRÁTICO ESPERADO DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	19
2.1. Técnica processual adequada, Princípio da Efetividade e Tutela Jurisdicional da probidade administrativa.....	19
2.2. Perspectiva de efetividade e resultado prático esperado da Ação de Improbidade.....	22
2.3. Efeitos aflitivos dos consequentes da Lei de Improbidade.....	29
2.4. Elementos teleológicos da Ação de Improbidade: restabelecimento do <i>status quo ante</i> , punição em sentido estrito e segregação da coisa pública.....	31
2.4.1. Finalidade de Restabelecimento do <i>status quo ante</i> : “Ressarcimento integral do dano” e “Perda de bens ou valores acrescidos ao patrimônio”.....	36
2.4.2. Pena propriamente dita: “Multa civil”.....	47
2.4.3. Segregação do poder público: “perda da função publica”, “suspensão dos direito políticos” e “proibição de contratar com o poder público”.....	51
3. MEIOS PARA GARANTIA DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	58
3.1. Meios indiretos.....	59

3.1.1. Efetividade do processo a partir de um tratamento sistêmico das normas, materiais e processuais, afetas à tutela jurisdicional da probidade.....	59
3.1.2. Fixação de cânone hermenêutico para interpretação das normas afetas à tutela jurisdicional da probidade.....	66
3.2. Meios Processuais.....	72
3.2.1 Fase Preparatória.....	72
a. Monitoramento de evolução patrimonial.....	72
b. Procedimentos Administrativos Prévios e Ações Cautelares Preparatórias.....	79
3.2.2. Fase processual.....	86
a. Medidas Cautelares Específicas da Ação de Improbidade.....	86
Afastamento do Agente Público.....	87
Indisponibilidade de Bens.....	95
Sequestro.....	101
b. Antecipação de Tutela.....	102
4. DA OBSERVÂNCIA AOS DIREITOS DE DEFESA DO RÉU-ÍMPROBO COMO GARANTIAS DA VALIDADE E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	105
4.1. As garantias do réu-ímpuro e o Devido processo legal tutor da probidade administrativa.....	106
4.2. Contornos do Princípio da presunção de inocência em sede de ação de improbidade administrativa.....	109
4.3. Direitos de defesa em sede de ação de improbidade administrativa.....	116
4.4 Prescrição e Decadência em favor do réu-ímpuro.....	124
5. EFETIVIDADE DA TUTELA JURIDICIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DOS AGENTES POLÍTICOS.....	134
CONCLUSÕES.....	146
REFERÊNCIAS.....	156

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o exame de técnicas processuais (tutelas adequadas e medidas cautelares) e propostas hermenêuticas (consideração de um sistema jurídico de tutela da probidade e fixação de um cânone hermenêutico unificador desse sistema) que possam contribuir para uma tutela jurisdicional da probidade administrativa mais efetiva e garantidora de resultados, inibindo, com efeito, os graves efeitos decorrentes da corrupção no setor público.

Inicialmente conhecendo os graves e múltiplos efeitos da corrupção, em especial das práticas de atos de improbidade administrativa, resta clarividente a necessidade de se investigar e propor meios para uma tutela efetiva da probidade administrativa, que se faz, em regra, por meio da Ação de Improbidade, prevista no art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que chamaremos doravante, simplesmente, de Lei de Improbidade.

Portanto, iniciaremos nossa análise com a apresentação dos efeitos dos atos de improbidade, cujas dimensões e diversidades, que podem atingir até mesmo gerações inteiras, justificam a investigação, a partir da aplicação dos consequentes constitucionais previstos no art. 37, §4º, de meios e técnicas processuais verdadeiramente efetivas e adequadas de combater a improbidade administrativa e, conseqüentemente, suas sequelas.

Posteriormente, analisaremos quais os meios para o alcance da efetividade da tutela, assentando o que se entende por uma tutela efetiva da probidade administrativa.

Em outras palavras, o estudo da finalidade precede o estudo dos meios para persecução do fim. É preciso fixar o que é uma tutela efetiva da probidade, para, posteriormente, verificar os meios para se alcançar tal objetivo.

Em busca da demarcação do que se entende por efetividade da tutela da probidade, relacionaremos o Princípio da Efetividade do Processo com tutela jurisdicional da probidade e técnica processual adequada. Em seguida, analisaremos qual seria o resultado prático esperado da Ação de Improbidade, na medida em que será efetiva a tutela na proporção dos resultados práticos alcançados. Em pó, examinaremos, ainda na perspectiva de uma tutela efetiva da probidade, como decorrência deste, os efeitos aflitivos dos consequentes da Lei de Improbidade. Por fim, analisaremos os elementos teleológicos da Ação de Improbidade, ou seja, o restabelecimento do *status*

quo ante, punição em sentido estrito e segregação do ímprobo da coisa pública, na medida que, em sendo efetivamente alcançados, realiza-se, efetivamente, a tutela da probidade administrativa.

Uma vez assentada o que seria uma tutela efetiva da probidade, ou seja, quais os resultados alcançados para que se possa considerar como efetiva a tutela da probidade, é preciso propor meios para tanto. Em outras palavras, fixada a finalidade, agora partimos para a análise dos meios.

Inicialmente, serão analisados meios indiretos, ou seja, aqueles que, embora não sejam, diretamente, institutos processuais, manejáveis no processo onde se tutela a probidade, aplicam-se sobre tais institutos, contribuindo para a efetividade da tutela.

Proporemos dois.

O primeiro meio indireto a ser analisado será a proposta de se conferir um tratamento sistêmico às normas esparsas, materiais e processuais, afetas à tutela jurisdicional da probidade. O segundo meio indireto será a fixação de um cânone hermenêutico ordenador do referido sistema, posto para o exame das disposições normativas que estejam confusas, omissas ou lacunosas, ou ainda como critério de aplicação das normas componentes do sistema.

Analisados os meios indiretos, passa-se ao exame dos institutos, sobretudo de Processo, que contribuem para o alcance dos consequentes do art. 37, §4º, da Constituição.

Iniciaremos com instrumentos preparatórios que contribuem bastante para a efetividade da tutela. O primeiro é o manejo de medidas cautelares preparatórias, a partir de procedimento administrativo que concluíra pela existência de improbidade, embora não se pudesse, ainda, naquele momento, interpor a ação de improbidade. O segundo meio é o acompanhamento periódico da evolução patrimonial dos agentes públicos, medida preventiva e preparatória, de grande utilidade para a tutela da probidade, mormente no que tange à prova da improbidade.

Posteriormente, passa-se ao exame dos instrumentos manejáveis já dentro do processo no qual se busca a tutela da probidade, tal como o afastamento do agente público, a indisponibilidade de seus bens, o seqüestro de bens acrescidos ilicitamente e antecipação de tutela.

Investigados os instrumentos de garantia da efetividade da Ação de Improbidade, passamos a análise dos direitos de defesa do réu-ímprobo, na medida que

garantem a validade do processo, e, conseqüentemente, a própria efetividade da tutela pretendida.

Ora, não há tutela efetiva em processo nulo. Ademais, o cânone hermenêutico a ser proposto e analisado, que tem a finalidade de conferir máxima efetividade ao sistema de tutela da probidade, terá como limitação, justamente, os direitos de defesa do réu.

Nesta parte, analisaremos, de forma global, as garantias básicas daquele que sofrera uma imputação de autoria de ato de improbidade, decorrentes do próprio sistema de tutela da probidade, de forma a se alcançar, de forma efetiva e hígida a tutela da probidade mediante a realização dos conseqüentes do art. 37, §4º, da Constituição.

Em princípio abordaremos o Devido processo legal punitivo da improbidade administrativa, de modo a verificar, especificamente na tutela jurisdicional da probidade administrativa, o papel desse princípio ante as garantias e exigências constitucionais relativas ao processo. Em seguida, o tema será o Princípio da presunção de inocência, mormente no que tange à tensão entre o mesmo e a concessão de medidas cautelares e antecipatórias de tutela, legitimidade das provas, a condenação com base em indício, o papel do acusado, bem como a ilicitude da prova produzida por este em sua defesa, outros temas. Depois, analisaremos algumas manifestações específicas dos Direitos de defesa, em sede de tutela jurisdicional da probidade, em especial o direito de recorrer, o direito de defesa prévia, ente outros. Por fim, examinaremos o fenômeno da prescrição e decadência que, em sede de tutela da probidade administrativa, tem regime jurídico próprio derogador das regras gerais sobre os institutos.

Por último, verificaremos os efeitos da decisão prolatada na Reclamação Constitucional nº 2.138/DF, na tutela jurisdicional da probidade administrativa quando tiver como réu um agente político, sobretudo quanto aos efeitos que a prerrogativa de foro criada exerce na própria efetividade da tutela da probidade, visto que o STF, na ocasião, fixou que é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, que qualquer atentado à probidade administrativa configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado que comete ato de improbidade, usurpa a competência do Supremo.

Eis, portanto, os pontos que serão abordados adiante, com a finalidade de contribuir para uma tutela da probidade administrativa mais efetiva e garantidora de resultados práticos.

O estudo da corrupção requer uma pesquisa de grande volume e densidade, bem como enfoque multidisciplinar, de modo que pesquisar como, efetivamente, combatê-la, de modo geral, escapa do objetivo deste trabalho.

Realizamos, portanto, dois cortes para delimitação do objeto e viabilização do trabalho. Primeiro, reduzimos o objeto para o combate efetivo da corrupção tão somente no setor público, e que importe enriquecimento ilícito, traga prejuízo ao erário ou fira princípios da administração pública, ou seja, o chamado ato de improbidade administrativa. Segundo, considerando os atos de improbidade administrativa, perpetrados outro corte, de modo a verificar, tão somente, o combate perpetrado mediante a ação de improbidade.

Para tanto, a presente pesquisa foi desenvolvida em três vertentes:

Legislativa, na qual pesquisamos todas as normas, de várias espécies normativas (constitucional, legal e infralegal), que trazem em seu bojo normas acerca do controle da administração e combate à improbidade administrativa.

Jurisprudencial, na qual pesquisamos como, e em que medida, os Tribunais pátrios, mormente STF, STJ e TRF da 5ª Região, aplicam os instrumentos assecuratórios da efetividade da ação de improbidade, bem como a interpretação que os mesmos dão às normas anti-improbidade.

Doutrinária, que tratam da matéria no Brasil, onde pesquisamos as opiniões acerca das medidas assecuratórias da efetividade da ação de improbidade, bem como a interpretação que os mesmos dão às normas anti-improbidade.

A pesquisa será descritiva, utilizando o método dedutivo onde será feita a análise descrita anteriormente, em busca de uma tutela jurisdicional da probidade mais garantidora de resultados.

1. DOS CUSTOS DA IMPROBIDADE COMO JUTIFICATIVAS DE MEDIDAS ADEQUADAS E EFETIVAS PARA A TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A fixação de um sistema, de parâmetros e de técnicas adequadas para uma tutela efetiva da probidade administrativa têm como fim último debelar a corrupção reconhecidamente enraizada no Brasil, e, conseqüentemente, refrear os poderosos e variados efeitos inerentes ao fenômeno da corrupção em geral, e da improbidade administrativa em particular.

Assim, inicialmente conhecendo os graves e múltiplos efeitos da corrupção, em especial das práticas de atos de improbidade administrativa, resta clarividente a necessidade de se investigar e propor meios para uma tutela efetiva da probidade administrativa, que se faz, em regra, por meio da ação de improbidade, prevista no art. 17 da Lei de Improbidade.

Eis, portanto, o desiderato do presente capítulo, ou seja, a apresentação e análise, sucintas, dos efeitos dos atos de improbidade, cujas dimensões e diversidades, que podem atingir até mesmo gerações inteiras, justificam a investigação, a partir da aplicação dos conseqüentes constitucionais previstos no art. 37, §4º, de meios e técnicas processuais verdadeiramente efetivas e adequadas de combater a improbidade administrativa e, conseqüentemente, suas sequelas.

Ressalte-se que maior a gravidade do efeito da improbidade, maior a necessidade de combatê-lo, mediante os instrumentos previstos no sistema de tutela da probidade administrativa, como será visto oportunamente.

É preciso, apesar da variedade dos efeitos da improbidade administrativa, dar unidade a tal aspecto, ou seja, o custo da improbidade, em suas várias facetas: custo político, administrativo, social, econômico e jurídico.

Prefacialmente, é preciso destacar que, partindo da premissa que a corrupção no primeiro setor gera custos de várias ordens (político, administrativo, social, econômico e jurídico), que serão abordadas individualmente, embora surjam e produzam efeitos concomitantemente, tais custos não devem ser assimilados pelo Estado e sociedade, mas sim superados, debelados, mediante a tutela da probidade administrativa, em regra jurisdicional, a partir de instrumentos próprios, efetivos e adequados, previstos no sistema jurídico de tutela da probidade.

O parágrafo seguinte traz uma situação hipotética de um caso de improbidade, com fito de colocação do problema a ser tratado no presente, ilustrando e auxiliando na verificação dos custos da corrupção. As partes em negrito referem-se a cada custo.

Um pequeno município, no interior do Brasil, recebe recurso federal para execução de uma política pública mitigadora de insegurança alimentar. O prefeito, com auxílio do primeiro e segundo escalão da administração, **investidos sem concurso público**, a partir de uma operação contábil, desviam parte do recurso. **A política pública é mal executada, contribuindo para a permanência da insegurança alimentar**, e a parte desviada, no ano seguinte, é distribuída aos mesmos miseráveis, sob a exigência contraprestacional de reelegerem o prefeito. **O prefeito e sua máquina burocrática, sabidamente corruptos, se mantêm no poder. A fome idem. Nas ruas da cidade, os homens, céticos, comentam o fato com frases prosaicas, mas de profundo significado: “na política só tem ladrão” ou “as leis não servem para nada”. No cenário internacional, o referido fato, somado a outros semelhantes, leva instituições internacionais a classificarem o país como de baixa capacidade de controle da corrupção, influenciando na capacidade do mesmo de captar recursos e atrair investimentos.**

A hipotética situação acima ilustra os efeitos da corrupção em vários aspectos: político, administrativo, jurídico, econômico e social; alertando aquilo que, intuitivamente, é de fácil constatação, mas de difícil solução: os custos da corrupção no setor público são desastrosos, e urge a necessidade de combatê-la, sob pena de seus efeitos tornarem-se insuportáveis e irreversíveis, deixando marcas indelévels na sociedade brasileira.

A situação hipotética levantada, um desvio ocorrido em âmbito municipal, *ceteris paribus*, é um modelo que pode ser repetido em âmbitos mais complexos, separáveis, conforme se propõe, da mesma forma (político, administrativo, jurídico, econômico e social), todavia com a multiplicação dos efeitos, proporcionalmente ao tamanho do ente federativo.

Portanto, dado os custos a seguir comentados com mais vagar, é preciso firmar uma tutela da probidade administrativa, preferencialmente preventiva, mas, se for o caso, contenciosa, desde que mais efetiva e garantidora dos conseqüentes constitucionais do ato de improbidade, implicando, em suma, na punição dos

particulares e gestores ímprobos, o afastamento destes das relações com o poder público, bem como restabelecimento do *status quo ante*.

Começemos com os custos políticos da improbidade administrativa.

Emerson Garcia e Rogério Alves¹, em sua obra fundamental sobre improbidade administrativa, prefaciam a referida publicação lembrando que os quatro autores fundadores da ciência política clássica já travavam do paralelo entre política e probidade administrativa, segundo as seguintes passagens:

MAQUIAVEL (“O Príncipe”), nas solertes noções sobre a melhor conduta dos soberanos advertia que o príncipe não deveria manter-se fiel às suas promessas quando, extinta a causa, seu cumprimento pudesse causar-lhe algum gravame, e isso porque nem todos os homens eram bons. LOCKE (“Dois Tratados de Governo Civil”) exortava a sociedade a garantir-se contra quaisquer atentados, mesmo dos legisladores, sempre que fossem levianos ou maldosos e dirigem-se planos contra a liberdade e propriedade das pessoas. MONTESQUIEU (“O Espírito das Leis”) dedica vários capítulos à corrupção na democracia, na aristocracia e na monarquia. ROUSSEAU (“Do contrato social”), afirmando que a verdadeira filosofia é a virtude, lamentava que não mais se encontrassem homens virtuosos, mas apenas alguns menos corrompidos do que outros.

As eleições são o instrumento essencial para validação de uma democracia participativa. Assim, a eleição evita que por trás de uma pseudodemocracia escondam-se perpetuações dissimuladas no poder.²

Todavia, o ímprobo, para manter sua atividade ímproba, precisa manter-se no poder, ou manter relações com o poder público. Logo, busca medidas para perpetuar-se em espaços que possa cometer seus atos de improbidade, em detrimento do Princípio Democrático e dos instrumentos de validação da democracia participativa.

Portanto, a corrupção, mormente a improbidade administrativa, tem como custo político o retardamento da maturação da consciência popular e o vilipêndio à democracia participativa.

O custo político da corrupção é esvaecer a legitimidade da democracia, da escolha daquele que será investido para a administração da coisa pública, tornando o princípio democrático, base da civilização, em algo desacreditado (“Nas ruas da cidade, os homens, cétricos, comentam o fato com frases prosaicas, mas de profundo significado: ‘na política só tem ladrão’”).

¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

² Garcia e Alves, ob cit., p. 27.

Voltando ao exemplo, os esforços do ímprobo têm o intuito de manter-se no poder gerando corrupção nos processos de escolha (“O prefeito e sua máquina burocrática, sabidamente corruptos, se mantêm no poder”), ao passo que, tautologicamente, processos de escolha corrompidos levam ao poder agentes mal-intencionados.

Portanto, como se dá, também no custo administrativo, como veremos adiante, a relação entre corrupção e permanência no poder, em detrimento do princípio democrático, dá-se num círculo vicioso, odioso, que corrói a sociedade, e precisa ser combatido.

Garcia e Alves bem sintetizam tal idéia³:

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da potestas publica face ao anseio coletivo.

Ressalte-se que o TSE, assumindo o papel constitucional de “Tribunal da Democracia”⁴, vem combatendo com firmeza atos de corrupção que atentem contra o princípio democrático.

Vários institutos têm o escopo de reagir e isolar o princípio democrático dos atos de corrupção, a exemplo da possibilidade da revogação de mandato popular (*recall*), o financiamento público de campanha, fim da reeleição, extinção do mandato do senador suplente, acesso à propaganda gratuita na mídia eletrônica, vedação à candidatura de candidato com “ficha suja” e à representação de contas de campanha, entre outros meios, cujo aprofundamento da análise desses instrumentos foge do corte do presente trabalho⁵.

Vejamos, doravante, os custos administrativos da corrupção.

Repetindo, como produto dos custos administrativos da corrupção, a relação entre improbidade e organização administrativa ineficiente é tautológica, pois para a prática da corrupção exige-se uma organização administrativa ineficiente, ao passo que uma organização administrativa ineficiente propicia a prática da corrupção.

³ GARCIA e ALVES, op. cit., pág. 8.

⁴ Feliz expressão empregada pelo Presidente do conselho Federal da OAB, Dr. Cezar Britto, em discurso de posse do presidente do TSE, ministro Carlos Ayres Britto, em 06/05/2008.

⁵ O corte metodológico necessário para a viabilização do presente trabalho manteve com objeto as técnicas processuais em torno da ação de Improbidade prevista no art. 17 da Lei de Improbidade, além de outros meios indiretos previstos no capítulo 3.

A despeito da relação tautológica, é possível concluir que a corrupção, pra existir e permanecer, exige uma organização ineficiente, pouco transparente e bastante burocratizada⁶.

Tais modelos administrativos desprezam os pilares da Transparência Administrativa, quais sejam, a publicidade de seus atos, a motivação das decisões, bem como alijam a participação popular nos destinos da comunidade.⁷

Ademais, tais gestões desprezam, propositalmente, normas de organização e método (O&M) que tornam a gestão mais eficiente, transparente e econômica, justamente com a finalidade de evadir-se dos órgãos de controle.

Assim, há métodos e instrumentos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais de administração da coisa pública aptos a prevenir e combater a improbidade administrativa, que devem estar presentes nos programas de gestão de todos aqueles que cuidam da coisa pública. O presente trabalho não tem como foco analisar tais instrumentos, embora reconheça que os mesmos, que não têm natureza jurídica, têm importante papel na tutela da probidade administrativa.

É comum em administrações desorganizadas a ausência de prestação de contas ou aplicação de recursos em finalidades diversas. Todavia, o que a princípio parece mera e inocente desorganização, pode dissimular desvio de recursos públicos, ou seja, atos de improbidade administrativa graves.

É legado de uma administração corrupta um aparelho administrativo ineficiente e mal engendrado. Como consequência, os serviços públicos são mal prestados.

No exemplo citado, são efeitos administrativos da improbidade a forma de investidura dos agentes públicos do município (“... com auxílio do primeiro e segundo escalão da administração, investidos sem concurso público”), a má prestação dos serviços (“A política pública é mal executada...”), e a inadequada organização administrativa (O prefeito e sua máquina burocrática, sabidamente corruptos, ...).

Por fim, quanto aos efeitos administrativos da corrupção, vale asseverar, com o estudo do Banco Mundial, que estados corruptos sofrem distorções no estabelecimento de prioridades. O estudo apontou que a corrupção está por trás de

⁶ JUNIOR, Wallace Paiva Martins. *Transparência Administrativa – Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

⁷ MARTINS JUNIOR, ob. cit., p. 34.

gastos com alta tecnologia militar feita por nações pobres africanas e asiáticas, em detrimento com gastos em setores de saúde e educação.⁸

Outro grave aspecto é o custo jurídico da improbidade administrativa, melhor dizendo, da impunidade.

É fato notório que a higidez da probidade administrativa está seriamente abalada, dada as incessantes inserções na mídia de casos de corrupção, em razão da pusilanimidade das autoridades de controle e a ineficiência na aplicação da legislação que visa inibir as condutas afrontosas à probidade administrativa, a despeito da previsão de instrumentos hábeis para tanto.

A manutenção dessa situação levaria o sistema jurídico de tutela da probidade, cuja Lei de Improbidade⁹ é uma das normas de maior relevo, a ganhar o rótulo de “legislação simbólica”, da espécie “legislação-álibi”, ou seja, aquela formulada pelo Legislativo tão somente, segundo Marcelo Neves, para “satisfazer as expectativas dos cidadãos”, todavia sem condições de efetiva aplicabilidade.

Vale a colação do ensinamento do referido autor, para reflexão acerca da eficácia do sistema, e em especial da Lei de Improbidade:

Objetivo da legislação simbólica pode ser também fortificar “a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas políticos e jurídicos. O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas do cidadão.

Assim, a legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de solução aos problemas sociais, passar a mensagem que tudo estaria “sob controle”, ou mesmo convencer a sociedade das boas intenções do Legislador.¹⁰

No caso da Lei de Improbidade vale lembrar que ela foi publicada em dois de junho de 1992, no Governo Collor, momento de grande agitação e pressão

⁸ GRAY, Cheryl; KAUFMANN, Daniel. "Corruption and Development." in The World Bank, PREMNotes No. 4. May 1998. Washington DC.

⁹ Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

¹⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37.

popular no que concerne à corrupção no setor público. Eis o cenário da edição da Lei de Improbidade, que não pode ser desconsiderado na análise da eficácia da norma.¹¹

A questão da legislação-álibi é que deixa o problema sem solução efetiva, além de obstruir o caminho para que sejam solucionados. O que se teme é o descrédito da legislação referente à tutela da probidade administrativa, levando à descrença no próprio sistema jurídico, resultando que a sociedade se sinta enganada, como corolários do simbolismo legislativo¹².

No exemplo dado, o descrédito é simbolizado pelas passagens em que a comunidade reverbera seu desprezo pelo ordenamento, e a efetividade de suas normas, vislumbrando-o como um mero símbolo (“Nas ruas da cidade, os homens, céticos, comentam o fato com frases prosaicas, mas de profundo significado: (...) ‘as leis não servem para nada’”).

Todavia, a Lei de Improbidade, uma vez aplicada conforme as diretrizes interpretativas corretas, e mediante as técnicas processuais adequadas, pode alcançar resultados efetivos na tutela da probidade, não podendo, desta forma, ser considerada uma legislação meramente simbólica.

A Lei de Improbidade deve conquistar sua eficácia a partir da interpretação e aplicação dada pelos seus operadores, de modo que sirva como norma de conduta aos gestores públicos.

Quanto ao custo social, mormente no desvio de recursos destinados a programas sociais, tal fenômeno alcança, especialmente, as camadas mais pobres da população, que precisam de prestações estatais.

De acordo com o Banco Mundial⁶, a corrupção amplia a exclusão social, deteriora os serviços públicos, distorce a aplicação dos recursos que deveriam se dirigir a setores sociais e vitima uma parcela da sociedade que não pode se socorrer nos serviços privados ou no mercado.

Além de minar a estabilidade fiscal e macroeconômica, o que indiretamente atinge a população mais carente, a corrupção gera concentração de renda e força, muitas vezes, exploração e esgotamento de recursos ambientais pela população excluída do progresso econômico pela corrupção.¹³

¹¹ NEVES, ob cit., p. 39

¹² NEVES, ob cit., p. 39

¹³ GRAY, Cheryl; KAUFMANN, Daniel. *op.cit.*

Ademais, além dos efeitos sociais, o recrudescimento das práticas de improbidade administrativa tem graves conseqüências econômicas, o que é desastroso para um país com pretensões de aceleração do crescimento.

A fundação Getúlio Vargas calcula que as irregularidades no setor público em geral, que engloba a improbidade administrativa, retiram da sociedade 0,5% do PIB, ou seja, cerca de R\$ 10 bilhões por ano.¹⁴

Assim, a corrupção consome R\$ 9,68 bilhões por ano do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, isto é, quase a metade dos R\$ 20 bilhões que representaram o total de investimentos previstos no orçamento federal de 2006.

Segundo Marcos Fernandes¹⁵, com o valor subtraído anualmente dos cofres públicos municipais, estaduais e federais, seria possível construir 538 mil casas populares, que poderiam propiciar moradia de boa qualidade a 2,1 milhões de brasileiros, dados indicativos de efeitos econômicos e sociais da improbidade administrativa.

Além disso, voltando ao estudo do Banco Mundial, a corrupção gera incerteza nos agentes econômicos. Em análise de 1.000 empresas em três anos, descobriu-se que as que trabalham em países menos corruptos têm resultados financeiros, em média, 30% melhores que aquelas sediadas em países mais corruptos.¹⁶

Como dito, à guisa de condução à solução, a premissa é que há no ordenamento técnicas processuais aptas para a tutela efetiva da probidade administrativa, exigindo-se do aplicador da norma conhecimento e ousadia para manejá-las, para, no fim, debelar-se os efeitos acima mencionados.

¹⁴ FERNANDES, Marcos. *A economia política da corrupção no Brasil*. São Paulo: SENAC SAO PAULO, 2005, p. 16.

¹⁵ FERNANDES, ob. cit., p. 21

¹⁶ GRAY, Cheryl; KAUFMANN, Daniel. *op.cit.*

2. DO RESULTADO PRÁTICO ESPERADO DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Em sede de tutela jurisdicional da probidade, para se analisar quais os meios para o alcance da efetividade da tutela, é preciso assentar o que se entende por uma tutela efetiva da probidade administrativa.

Em outras palavras, o estudo da finalidade precede o estudo dos meios para persecução do fim. É preciso fixar o que é uma tutela efetiva da probidade, para, posteriormente, verificar os meios para se alcançar tal objetivo.

Inicialmente, em busca da demarcação do que se entende por efetividade da tutela da probidade, relacionaremos o Princípio da Efetividade do Processo com tutela jurisdicional da probidade e técnica processual adequada.

Em seguida, analisaremos qual seria o resultado prático esperado da Ação de Improbidade, na medida em que será efetiva a tutela na medida dos resultados práticos alcançados.

Empós, examinaremos, ainda na perspectiva de uma tutela efetiva da probidade, como decorrência deste, os efeitos aflitivos dos conseqüentes da Lei de Improbidade.

Por fim, analisaremos os elementos teleológicos da Ação de Improbidade, que, são o restabelecimento do *status quo ante*, punição em sentido estrito e segregação do ímprobo da coisa pública, na medida que, em sendo efetivamente alcançados, realiza-se, efetivamente, a tutela da probidade administrativa.

2.1. Técnica processual adequada, Princípio da Efetividade e Tutela Jurisdicional da probidade administrativa

Como será aprofundado mais adiante, as normas do ordenamento pátrio que tratam da corrupção configuram um autêntico sistema normativo, cuja norma fundante é a constante do art. 37, §4º, da Constituição, que, ao definir as consequências do ato de improbidade, dá coerência e unidade ao referido sistema.

O art. 37, § 4º, da Constituição, portanto, prevê, de forma clara e inequívoca, os conseqüentes desejados diante de um ato de improbidade: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, entre outros, na forma e gradação *secundum legem*.

Eis, portanto, a perspectiva de efetividade a ser alcançada pela tutela jurisdicional da probidade, via ação de improbidade, na medida em que as exigências constitucionais são, materialmente, cumpridas.

Os consequentes referidos têm naturezas diversas, logo, serão materialmente realizados por técnicas processuais diferentes, mas todas devem ser igualmente adequadas para igualmente atingirem a perspectiva de efetividade constitucionalmente desejada.

Como será mais bem visto alhures, qualitativamente, os consequentes constitucionais destacados podem ser divididos em conseqüências punitivas em sentido estrito, ressarcitórias ou segregadoras da coisa pública, demandando, portanto, tutelas diferenciadas específicas, declaratória, (des)constitutiva e condenatórias, combinadas, de acordo com o caso concreto, para que se alcance pleno êxito.

A sentença da ação de improbidade, que conterà as condenações, é a técnica que permitirá a prestação da tutela jurisdicional da probidade anteriormente aviltada.¹⁷

Quando se pensa na tutela efetiva do direito, no caso, do direito à restauração da probidade mediante os referidos consequentes, é preciso verificar se o processo está conferindo a devida e adequada tutela ao direito, e, para tanto, é preciso ir além da preocupação se foi proferida, por exemplo, uma sentença condenatória ou executiva *latu sensu*, pois estas não refletem, per si, o resultado que o processo proporciona, efetivamente, no plano do direito material. Como defende Luiz Guilherme Marinoni¹⁸ nessa senda, “a sentença reflete apenas o ‘modo’ (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos.”

Assim, as técnicas processuais executivas ganham grande importância para o atingimento dos consequentes constitucionais do art. 37, § 4º, da Constituição. Nesse sentido, vale colacionar a seguinte lição do referido autor:

Ademais, para a prestação de uma determinada espécie de tutela jurisdicional, importam também os meios de execução que o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos direitos, isso para não se falar no procedimento e na cognição, os quais também são fundamentais para o encontro da tutela jurisdicional efetiva.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 146.

¹⁸ MARINONI, ob. cit., 146.

Assim, os meios de execução, que na ação de improbidade vão ser cumulados de acordo com os conseqüentes aplicados, e, evidentemente, interferem no resultado que o processo pode proporcionar no plano do direito material, são, também, técnicas processuais para a prestação da tutela jurisdicional da probidade

Com efeito, o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, logo o direito à efetividade engloba, nas palavras de Marinoni, o direito a uma preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.

Vale um exemplo para sedimentar tal idéia.

Imaginemos que um servidor público, num único ato, lesou o erário em R\$100.000,00, e, em troca, recebeu um carro do beneficiado. A vontade constitucional exigirá, dente outros conseqüentes, o ressarcimento pleno ao erário (obrigação de pagar R\$100.000,00) e perdimento dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do ímprobo (obrigação de dar coisa certa: o carro recebido). Todavia, a despeito do conteúdo patrimonial de ambas condenações, elas serão efetivamente satisfeitas mediante técnicas processuais diferentes. Para o perdimento do bem (carro), a técnica executiva do art. 475-J, perfeita para a condenação de ressarcir os R\$100.000,00, não é adequada à tutela do perdimento, ainda que se execute o equivalente pecuniário do veículo.

No caso, para a efetiva tutela jurisdicional da probidade, deverão ser aplicadas as técnicas do art. 475-J para o ressarcimento, e do art. 471-A, ambos do CPC, para a pena de perdimento, em atenção à tutela específica da obrigação.

Assim, para analisar a efetividade do processo no plano do direito material, e, por conseguinte, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva com as ferramentas (técnicas processuais) corretas, “é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela.”¹⁹

Mas, em sede de tutela da probidade administrativa, quais seriam as necessidades a serem alcançadas? A resposta está no próprio art. 37, § 4º, da Constituição, que deseja, ante o ato de improbidade: o estabelecimento integral do *status quo ante*, o afastamento do ímprobo da coisa pública e punição educativa, de modo que o ímprobo não mais reincida.

Eis, portanto, o ponto de partida para se pensar as técnicas adequadas.

¹⁹ MARINONI, ob. cit. 147.

Se ressarcir, afastar o ímprobo da coisa pública e punir são necessidades de direito material diferentes, por óbvio, serão alcançadas por técnicas processuais diferentes. Desse modo, as técnicas devem se adequar às tutelas, logo o procedimento, a sentença e os meios executivos não podem ser neutros às necessidades, e, como alerta Marinoni, “não podem ser pensados a sua distância”.²⁰

Para a correta compreensão das relações entre a técnica processual adequada, o Princípio da Efetividade e a tutela jurisdicional efetiva da probidade, vale a seguinte colação²¹:

Na realidade, a importância de estudar o processo à luz das tutelas é tão evidente quanto a de saber o fim de um instrumento. Nesse sentido, o fim do processo deve ser detectado nas necessidades do direito material. Ou melhor, nos resultados materiais que o processo deve gerar para atendê-las. Esses resultados são exatamente as tutelas que devem ser prestadas no processo. Resumindo: não há como deixar de pensar nas tutelas quando se deseja analisar se o processo, como técnica, está respondendo a sua missão constitucional de dar tutela aos direitos. E nada pode ser mais importante ao doutrinador do processo nos dias de hoje.

Os resultados materiais que o processo deve gerar na ação de improbidade serão objeto de análise minudente, no subcapítulo seguinte.

Portanto, a análise do processo pelo qual se busca a tutela da probidade, via seus consequentes, mormente as técnicas cautelares e executivas, como técnicas processuais adequadas, é uma importante baliza para garantir a observância ao Princípio da Efetividade, e, por conseguinte, promover a tutela jurisdicional efetiva da probidade administrativa.

2.2. Perspectiva de efetividade e resultado prático esperado da Ação de Improbidade

O que se pretende na presente análise é, sem aprofundar especificamente nos consequentes em si, analisar o que se entende por uma resposta jurisdicional efetiva em cada um deles.

Sabemos que, na tutela jurisdicional da probidade administrativa, a sentença da ação de improbidade é a técnica que permitirá a prestação da referida tutela,

²⁰ MARINONI, ob. cit. 147.

²¹ MARINONI, ob. cit. 148.

contendo, em seu bojo, os consequentes que tutelarão, ou melhor, restaurarão, a probidade administrativa anteriormente envilecida.²²

Assim, na medida em que os consequentes são materialmente alcançados, a efetividade da tutela é obtida.

Começemos com os consequentes de ressarcimento e multa civil que, apesar de terem naturezas distintas, como veremos posteriormente, visto que esta visa punir de forma franca e direta, enquanto aquela visa, naturalmente, ressarcir, ambas, contudo, têm a mesma forma de execução.

Ambas denotam obrigação de pagar quantia certa, a ser executada na forma do art. 475-J e seguintes do CPC, ou seja, na chamada execução forçada, pela qual o Estado intervém no patrimônio do devedor para tornar efetiva a vontade sancionatória, realizando, à custa do devedor, sem ou até contra a vontade deste, o direito do credor.

Todavia, para a realização material do consequente, é preciso que tais valores estejam liquidados.

Caso o autor da ação de improbidade faça pedido líquido, ou seja, em virtude dos seus esforços pré-processuais (inquérito civil, procedimento administrativo prévio, tomada de contas especial, “procedimento prévio de coleta de informações”...) possa deduzir pedido com valor exato da extensão do dano ou valor exato da multa²³, a sentença, por força do parágrafo único do art. 459 do CPC, deve ser líquida.

No caso do ressarcimento, é preciso ressaltar que o resultado prático esperado exige que todos os danos sejam pormenorizadamente dimensionados, inclusive o dano moral.

Muitas vezes, esse primeiro passo, ou seja, o dimensionamento do dano, denota grande dificuldade, recomendando-se que a liquidação se faça pela técnica adequada, ou seja, que se permita uma exame minucioso do dimensionamento do dano, fora da cognição, que já assentara, após e por força da instrução, indiscutivelmente, em virtude da coisa julgada material, a existência do dano.

Nesses casos, recomenda-se a liquidação por artigos ou arbitramento, caso, respectivamente, seja necessário alegar e provar fato novo (art. 475-E do CPC) ou exigir a natureza do objeto da liquidação (art.475-C do CPC).

²² MARINONI, ob. cit. p. 146.

²³ O modo de cálculo da multa será objeto de análise própria, à luz do postulado da proporcionalidade.

Diante de sentença líquida ou liquidada, a fazenda pública legitimada para a execução, nos termos do art. 18 da Lei de Improbidade deste já impulsiona a fase executiva, ou melhor dizendo, o cumprimento da sentença na forma referida.

Ressalte-se que o STJ, de acordo com vários precedentes²⁴, entende que ao executado, que, naturalmente, alcança o executado da ação de improbidade, com a intimação do trânsito em julgado da sentença, começa a correr o prazo de quinze dias para pagamento do montante da execução que se refere o art. 475-J do CPC, independentemente de nova intimação.

Assim, em formidável contributo para o alcance do resultado prático das tutelas patrimoniais da ação de improbidade, a Lei n. 11.232/2005 e o referido posicionamento do STJ inauguraram novo paradigma ao Processo Civil Brasileiro, que passou a admitir que o cumprimento da sentença fosse efetivado na mesma relação processual inaugurada pela da ação de improbidade.

Vale o trecho de voto proferido em acórdão do STJ²⁵ que bem delinea as vantagens da nova sistemática, e da interpretação dada pelo Superior Tribunal, que promoveu máxima efetividade aos propósitos da Lei nº 11.232/2005:

Essa novel característica simboliza o sincretismo entre o processo de conhecimento, onde o juiz condena, e a execução, na qual o mesmo juiz possibilita o cumprimento da obrigação, no sentido de que o processo de conhecimento goza de "executividade intrínseca".

Logo, tendo em conta que o cumprimento da sentença nada mais é do que uma fase do processo cognitivo, revela-se desnecessária a intimação da parte, quer pessoal, quer pelas vias ordinárias, para esse mister, máxime porquanto a satisfação da obrigação é subjacente ao trânsito em julgado da sentença, cuja comunicação é obrigatória.

Ademais, compete ao devedor cumprir espontaneamente a obrigação no prazo de quinze dias (art. 475-J do CPC), sob pena de, não o fazendo, pagar multa pecuniária de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Outra grande contribuição advinda das recentes reformas foi promovida pela Lei nº 11.382/2006, que incluiu o art. 655-A no CPC, positivando a penhora em dinheiro, primeiro item da ordem do art. 655, através do conhecido “sistema

²⁴ EDcl no AgRg no Ag 1.039.719/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 15 de junho de 2009; AgRg no REsp 1.074.563/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 4 de maio de 2009; e REsp 1.087.606/RJ, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23 de abril de 2009.

²⁵ REsp 1084866/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 16/09/2009.

bacenjud”, que sofria certa resistência por parcela do Judiciário, que o via não como meio de operacionalizar a penhora em dinheiro, mas como um meio autônomo de penhora sem previsão legal.

Assim, para o cumprimento da sentença condenatória em ressarcimento e multa civil, a técnica do art. 655-A do CPC permite, de forma ágil e de grande efetividade na prática, a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira nas entidades do sistema financeiro nacional.

Portanto, para a realização do resultado prático dos conseqüentes de ressarcimento e multa civil não se espera menos do que o dano causado e a multa cominada, lançando-se mão das técnicas mencionadas para tanto, com especial atenção para a liquidação adequada do dano, no momento próprio, se assim exigir a complexidade da operação.

O conseqüente de perdimento de bens, que, como o ressarcimento, também visa restabelecer o *status quo ante*, como será analisado com mais vagar posteriormente, tem sistemática para sua realização prática um pouco diferente, apesar de guardar uma nítida natureza patrimonial.

Para a proteção adequada à pretensão do Estado de perdimento, em seu favor, de bens adquiridos ilicitamente pelo ímprobo, em decorrência da relação funcional, como será mais bem delineado alhures, exige-se uma tutela desconstitutiva, combinada com executiva *latu sensu*, exigindo o regime executivo do art. 461-A do CPC.

Assim, individuado o bem acrescido ilicitamente ao patrimônio do condenado, que será objeto do perdimento, o juiz desconstitui a propriedade em favor do ente lesado e, ato contínuo, concede a tutela específica.

A tutela específica vai depender da natureza do bem. Caso se trate de bem móvel, determinada pelo gênero e quantidade, o ente lesado a individualizará e, não sendo entregue pelo ímprobo condenado no prazo fixado, expedir-se-á em favor do ente mandado de busca e apreensão. Caso se trate de bem móvel, não sendo entregue no prazo, o juiz expedirá mandado de imissão na posse, tudo conforme do art. 461-A do CPC.

Ressalte-se que, se tratando de perdimento de dinheiro, há dois caminhos a seguir, com fito de se alcançar a tutela adequada.

Caso se trate de uma quantia precisa, perfeitamente individualizada, num depósito determinado (em instituição financeira ou de custódia no Brasil ou no

exterior, v.g.), é possível fazer uso da técnica do art. 461-A do CPC, de forma que o próprio juiz determine a busca e apreensão do montante.

Por exemplo, fica constatado, nos autos de ação de improbidade, que servidor público ímprobo recebe em seu favor, a título de propina para omitir ato de ofício, a quantia de R\$10.100,10, em depósito no Banco X, na Agência Y, na conta Z.

No caso, alcançar-se-á o montante de R\$10.100,10 de forma muito mais efetiva e econômica, do ponto de vista processual, com a expedição de mandado de busca e apreensão do valor constante em depósito no Banco X, na Agência Y, na conta Z, na forma do art. 461-A do CPC, do que se exigir uma execução na forma do art. 475-J do CPC, ainda que se utilize o art. 655-A do CPC, por mero apego a formalismo.

Por mais que o perdimento de dinheiro seja, a rigor, uma obrigação de pagar, o que exigiria o art. 475-J do CPC, é preciso, na hipótese ventilada, de clara individualização do montante, enfrentar e superar as dificuldades impostas pela técnica processual formalmente posta, que, muitas vezes, dão mais importância ao método de solução do conflito do que à própria solução do conflito.²⁶

Portanto, é preciso, como defendido anteriormente, redimensionar a importância da técnica, considerando sua natureza instrumental, para procurar o mecanismo apto a tornar efetiva a tutela jurisdicional, visando a solucionar a questão da forma mais rápida, eficiente e econômica, sobretudo no caso de tutela da probidade, onde se busca a satisfação de uma vontade constitucional.²⁷

Todavia, vale asseverar, a despeito da liquidação do montante a ser perdido, se este não puder ser localizado num depósito determinado, realizado para fins do enriquecimento ilícito, então será necessária a execução na forma do art. 475-J do CPC.

Discute-se na doutrina²⁸ efeitos condenatórios, por decorrência lógica, de sentenças de natureza de constitutivas negativas (desconstitutivas). A questão é saber se onde há pedido de tutela desconstitutiva haveria, implicitamente, por construção lógica, título executivo para restauração do status quo ante. Entendemos, como será

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

²⁷ BEDAQUE, ob. cit. p. 87.

²⁸ A discussão, com apresentação sucinta das posições, é apontada por José Roberto dos Santos Bedaque (*in* Efetividade do Processo e Técnica Processual, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 552), que, ao final, defende, grosso modo, que a existência de autêntica tutela constitutiva com efeito condenatórios feriria o princípio da congruência e da inércia.

mais bem explicitado oportunamente, que não, devendo haver pedido expresso pra pretensões condenatórias, não as considerando com meros e necessários corolários lógicos da tutela desconstitutiva.²⁹

Para a tutela adequada da pretensão de perdimento de bens e valores, o pedido é feito com base no art. 12, I ou II, da Lei de Improbidade, de forma que sempre haverá pedido expresso de perdimento, o qual é precedido pela descontinuação da propriedade, em favor do ente lesado.

Assim, em ação de improbidade, onde se busca também tutela desconstitutiva, como os pedidos estão balizados (não limitados) nas formas do art. 12 da Lei de Improbidade, sempre haverá pedido expresso de condenação, com o conseqüente contraditório.

Espera-se da ação de improbidade, outrossim, afastar o ímprobo da coisa pública.

Opera-se a segregação do ímprobo da coisa pública a partir dos seguintes conseqüentes: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por determinado prazo e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado prazo.

Dos três meios pelos quais se alcança a referida finalidade, duas são de difícil realização, por diferentes razões.

A mais simples é a perda da função pública, realizável pelo simples comando judicial ao órgão ao qual o ímprobo está vinculado.

Vale ressaltar, em prol da efetividade e realização dos conseqüentes constitucionais, que, caso o ímprobo encontre-se, ao tempo da aplicação do conseqüente, na inatividade, poderá o magistrado anular a aposentadoria e decretar a perda da função pública.³⁰

A dificuldade de realizar suspensão dos direitos políticos decorre do procedimento previsto na legislação eleitoral, que exige, como será mais bem explicado à frente, o chamado “procedimento de exclusão de eleitor”, para a sustação completa dos direitos políticos, ou seja, das capacidades eleitorais ativas e passivas.

²⁹ BEDAQUE, ob. cit. p. 554.

³⁰ FILHO, Marino Pazzagliani. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 138.

O procedimento é complexo, dependente da atuação de outro órgão, no caso, justiça eleitoral, que, todavia, não atua no exercício de atividade jurisdicional, mas sim administrativa³¹. Ademais, permite-se ao ímprobo condenado ampla defesa e contraditório, num decurso de tempo no qual poderá gozar sua capacidade ativa normalmente.

Não se pode desconsiderar que, dentre os conseqüentes do sistema de tutela da probidade, a mais severa é, inapelavelmente, a suspensão dos direitos políticos. Todavia, a forma de concretizar tal conseqüente revela-se excessivamente cautelosa, em prol do ímprobo, que já teve todo o procedimento da ação de improbidade para provar a licitude de suas condutas, ainda que tais questões não estejam na pauta do “procedimento de exclusão de eleitor”.

A realização prática da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, também, é de difícil concretização.

Tal conseqüente transcende o ente federativo lesado pelo ato de improbidade, irradiando-se por todos os entes da federação, seus órgãos e entidades da administração indireta³².

Dada a extensão do conseqüente para toda a administração pública, eis a dificuldade de realização completa do conseqüente. Considerando, por exemplo, que a vítima foi um município do Nordeste, com condenação na justiça estadual competente, como evitar que o ímprobo condenado contrate com município da região Sul?

Tentativa de viabilizar tal conseqüente, mormente quanto a sua extensão, é o Cadastro Nacional de Condenados em Ações de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, mantido pela Controladoria Geral da União, dos quais falaremos mais adiante.

Nesta quadra, conclui-se, quanto à realização de tal conseqüente, pela necessidade de meios, fora do processo, dentro da organização administrativa, numa rede nacional, para que se evite a contratação, por outros entes públicos além do que sofrera a improbidade, com o ímprobo condenado.

³¹ FILHO, ob. cit. p. 139.

³² FILHO, ob. cit. p. 141.

Eis, portanto, o que se espera de realização prática de cada um dos consequentes da tutela da probidade, que, uma vez alcançados em sua totalidade, ou seja, com punição, restabelecimento do status quo ante e afastamento do ímprobo da coisa pública, restará a restabelecida, *in totum*, a probidade administrativa aviltada pela conduta do agente.

2.3. Efeitos aflitivos dos consequentes da Lei de Improbidade

Como corolário do alcance do resultado prático da ação de improbidade, que, como visto, representa a observância dos consequentes constitucionais desejados pelo constituinte originário (art. 37, §4º), advém os efeitos aflitivos das medidas aplicadas.

Trata-se de um efeito processual indireto, mas indissociável e inevitável, impingido sobre o réu, bem delineado por Fábio Osório Medina, que o põe como um elemento da sanção aplicada, representativo do sofrimento, da dor, do mal imposto ao réu ímprobo.³³

A realização prática, por meio das técnicas adequadas, dos referidos consequentes constitucionais (punir, restabelecer o status quo ante e segregar o ímprobo da coisa pública), a partir de um processo efetivo, naturalmente ensejará o efeito aflitivo em comento.

O efeito aflitivo das penas da Lei de Improbidade podem ser interpretadas por um ângulo subjetivo ou objetivo, havendo de prevalecer a última perspectiva³⁴. Em todo caso, uma ação de improbidade administrativa com resultados práticos alcançados sempre imporá efeitos aflitivos perceptíveis, ao menos objetivamente considerados.³⁵

A percepção desse efeito por parte do réu ímprobo está, como dito, intimamente ligada à efetividade da ação de improbidade, ou seja, à realização prática das penas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade.

³³ MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

³⁴ MEDINA, ob. cit. p.98.

³⁵ Como explica Fábio Osório Medina (*in* Direito Administrativo Sancionador, p. 98), não interessa ao Estado se ação de improbidade com resultados práticos causou, verdadeiramente, mal-estar ao réu, ou se este, morbidamente, gostou do resultado. Objetivamente os efeitos aflitivos estão sentidos.

Ainda assim, mesmo que se aplique todas as penas, é possível que, ainda que integralmente cumpridas, tal sentimento não atinja o agente ímprobo. Para a compreensão da assertiva retro é preciso averiguar o efeito aflitivo de cada pena.

No que tange às penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu, ressarcimento integral do dano, pagamento de multa civil, cujas naturezas jurídicas serão verificadas mais profundamente alhures, o efeito aflitivo só decorrerá da percepção econômica (efetiva e completa) de todos os valores objeto da condenação, em proveito do ente público desfalcado, por força do art. 18 da Lei de Improbidade.

A ausência de percepção dos valores da condenação, ou recebimento parcial, objetivamente, não ensejarão os efeitos aflitivos e educativos desejados.

Com efeito, a ausência de percepção dos valores da condenação, ou recebimento parcial, remetem, necessariamente, ao tema das cautelares de indisponibilidade e seqüestro de bens, para garantia dos efeitos aflitivos das penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu, ressarcimento integral do dano, pagamento de multa civil.

Não importa ao Estado, quanto às penas em tela, se o réu ímprobo condenado beneficiar-se do favor de outrem, que efetua o integral pagamento das condenações, não sofrendo, subjetivamente, o efeito aflitivo que se comenta.³⁶

Como dito, em tal caso, o efeito aflitivo é objetivamente percebido.

A perda da função pública tem poderoso efeito aflitivo, embora de difícil concretização, sobretudo no caso de agentes detentores de mandatos.

No trânsito em julgado da ação de improbidade, normalmente, o réu já está afastado do cargo, seja pelo término do mandato, seja pela demissão ou exoneração de cargo, emprego ou função, por força de procedimento administrativo disciplinar ou mesmo exoneração *ad nutum*.

Maiores considerações sobre a pena de perda da função pública serão tecidas oportunamente, sobretudo quanto a hodiernas interpretações jurisprudenciais que permitem o afastamento do réu de outros cargos por ele ocupados, diferentes daqueles onde se deram o ato de improbidade, o que gera severo efeito aflitivo.

A suspensão dos direitos políticos é pena com grave efeito aflitivo, que atinge direito fundamental. Tal efeito atinge, sobretudo, os chamados “políticos

³⁶ MEDINA, ob. cit., p.98.

profissionais”, que se afastam do cenário político por lapso temporal, que, dependendo do tempo e do grau de acesso à educação da base eleitoral, podem minar a carreira política do condenado, afastando-o, definitivamente, do trato da coisa pública.

A proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, tem grave efeito aflitivo às condenadas que são pessoas jurídicas especializadas em contratar com o poder público. Tais empresas são rés nas ações de improbidade por força do art. 3º da Lei de improbidade.

Para tais empresas, cujo objeto social e *know how* é a contratação com o poder público, normalmente a partir de burlas aos procedimentos licitatórios, afastar-se de tais contratos e ter que se submeter à concorrência regulada pelas leis de mercado do respectivo setor, equivale ao fim se suas atividades.

Em todas as sanções referidas, a autoridade sancionadora sopesará a relação de proporcionalidade da sanção com o ilícito³⁷, ajustando a resposta aos conseqüentes constitucionais do art. 37, §4º com outros ditames constitucionais.

O sistema de tutela da probidade, sobretudo no momento e por força do seu aplicador, deve considerar a diversidade e distinção da grande gama de ilícitos administrativos que coexistem no ordenamento pátrio, pois o Estado está obrigado a observar o princípio da proporcionalidade e do devido processo legal.³⁸

Assim, exige-se do Estado uma flexibilidade de modo a provocar as aflições mencionadas de modo proporcional à gravidade das condutas, não podendo, v.g., aplicar exatamente os mesmos conseqüentes, ou com mesma intensidade, para o praticante do crime de corrupção passiva e para aquele que celebrar contrato de rateio de consórcio público sem prévia dotação orçamentária.

2.4. Elementos teleológicos da Ação de Improbidade: restabelecimento do *status quo ante*, punição em sentido estrito e segregação do ímprobo da coisa pública.

É fundamental para que se trace um parâmetro minimamente objetivo do que seria a efetividade da ação de improbidade, saber qual a finalidade a ser alcançada com o manejo da ação. Uma vez que se definam quais as finalidades, será efetiva na medida em que se alcancem, materialmente, tais objetivos.

³⁷ MEDINA, ob. cit. p.99.

³⁸ MEDINA, ob. cit. p.99.

Traçando um paralelo com a ação penal, para melhor compreensão do que se pretende na presente quadra, defende-se que uma das finalidades da ação penal é a pretensão ressocializadora do réu. Todavia, tal finalidade tem-se mostrado inexecutável na prática, com reflexos para o marco teórico do que seria a “efetividade” da ação penal.

Portanto, é preciso fixar, com clareza, quais as finalidades da ação de improbidade, que servirão de parâmetros para se verificar a sua efetividade, na medida em que, na prática, alcance tais objetivos.

Do ponto de vista da relação de direito material entabulada entre o Estado e o praticante da improbidade, a prática do ato de improbidade administrativa é fonte geradora das obrigações de ressarcir danos e valores obtidos ilícitamente, afastar-se da coisa pública e de se submeter às penas previamente tipificadas no sistema de tutela da probidade.

A relação jurídica referida, estabelecida entre o Estado e o autor da improbidade, será regulada pelas normas do Direito Administrativo. Tal ramo do direito alcança, outrossim, além das relações em que formalmente se apresenta a Administração pública como tal, ou presta serviços públicos, as situações em que outros poderes da república atuem, materialmente, como administradores.

Ademais, compete ao Direito Administrativo, ao lado de outros ramos do direito, mormente o Direito Penal, estabelecer as condutas vedadas e sujeitas a consequentes específicos, que atentem contra os interesses, os princípios, o erário ou a imagem do Estado e da Administração.³⁹

Do ponto de vista processual, que irá regular a relação jurídica a partir da relação jurídica de direito material nascida com a prática do ato de improbidade, as obrigações de ressarcir danos e devolver o acrescido ilícitamente ao patrimônio, afastar-se da coisa pública e de se submeter às penas previamente tipificadas no sistema de tutela da probidade corresponderão, genericamente, aos consequentes (ou penas em sentido amplo) previstos no art. 12 da Lei de Improbidade.

Logo, os consequentes (ou penas em sentido amplo) previstos no art. 12 da Lei de Improbidade podem ser divididos, de acordo com o critério teleológico ora posto, em três categorias:

³⁹ MEDINA, Fábio Osório. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 217.

- Finalidade de Restabelecimento do *status quo ante*: “Ressarcimento integral do dano” e “Perda de bens ou valores acrescidos ao patrimônio”
- Pena propriamente dita: “Multa civil”.
- Segregação do poder público: “perda da função pública”, “suspensão dos direitos políticos” e “proibição de contratar com o poder público”.

Todavia, antes se passar ao exame de cada conseqüente, é preciso enfrentar a questão da cumulatividade das penas em sentido amplo.

Após alguma discussão quando da assunção da Lei de Improbidade ao ordenamento, hodiernamente, o entendimento de que os conseqüentes devem ser, necessariamente, aplicados de modo cumulativo não desfruta de grande prestígio nos tribunais do país⁴⁰ e na doutrina⁴¹.

São unânimes em defenderem que, regra geral, as penas são cumulativas, mas, por força do postulado da proporcionalidade, de acordo com o caso

⁴⁰ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POLICIAIS CIVIS. EMPRÉSTIMO DE VEÍCULO A MENOR DE IDADE. APLICAÇÃO DA PENA. ARTIGO 12, III, DA LEI Nº 8.429/92. NÃO-CUMULATIVIDADE.

I - Trata-se de ação civil ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul por meio da qual se busca apurar ato de improbidade administrativa cometido por policiais civis, que teriam emprestado veículo a menor de idade, tendo os réus sido condenados ao pagamento de multa civil.

II - A alegação de violação ao artigo 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa, sob a pretensão de que sejam aplicadas, também, as sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, além de ser descabida porque tal dispositivo não determina que as penalidades nele estipuladas sejam aplicadas de forma cumulativa, demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

III - Recurso não conhecido.

(REsp 1069435/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTEMPESTIVIDADE – ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL - SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE – CUMULAÇÃO DE PENAS.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial, interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem, deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação, de acordo com fatos e provas abstraídos dos autos, o que não pode ser feito em sede de recurso especial, diante do óbice da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial do réu não conhecido e improvido o do Ministério Público.”

(REsp 658389/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 03/08/2007 p. 327)

⁴¹ Emerson Garcia e Rogério Alves (citados expressamente nesse sentido ao longo do texto), José dos Santos Carvalho Filho (citado expressamente nesse sentido ao longo do texto), Marino Pazzaglini Filho, Waldo Fazzio (citado expressamente nesse sentido ao longo do texto), Marcelo Figueiredo (também citado) e Rita Tourinho, entre outros doutrinadores do assunto, comungam tal entendimento.

concreto, deve o aplicador dos consequentes fazer as necessárias ponderações considerando os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Emerson Garcia e Rogério Alves⁴² trazem esclarecedoras lições sobre o assunto:

Em razão de tal técnica legislativa, inclinamo-nos, como regra geral, pela imperativa cumulatividade de sanções, restando ao órgão jurisdicional a discricionariedade de delimitar aquelas cuja previsão foi posta em termos relativos, quais sejam:...

(...)

Conforme frisamos, a aplicação cumulativa das sanções é a regra geral, a qual, em situações específicas e devidamente fundamentadas, pode sofrer abrandamento, o que permitirá a adequação da Lei nº 8.429/1992 à Constituição da República.

Tal posição, longe de macular o equilíbrio constitucional dos poderes e conduzir ao arbítrio judicial, viabilizará a formulação de interpretação conforme a constituição e atenuará a dissonância existente entre a tutela dos direitos fundamentais e a severidade das sanções cominadas.

Apesar disso, diversamente do que se verifica na seara penal, em que qualquer aumento da dosimetria das sanções deve ser devidamente justificado, aqui, o órgão jurisdicional realizará operação inversa, sendo necessário que decline os motivos que o levaram a suprimir determinada sanção do feixe que aplicou ao agente. Indicando a letra da lei que as sanções devem ser cumulativas, a atenuação do rigor legal deve necessariamente buscar amparo no texto constitucional, cumprindo ao órgão jurisdicional declinar os fundamentos que conduziram à alegada interpretação conforme à Constituição.

O elemento volitivo que informa o ato de improbidade, aliado à possível preservação de parcela considerável do interesse público, pode acarretar uma inadequação de sanções cominadas, ainda que venham a ser fixadas no mínimo legal. À guisa de ilustração, observe-se que a aplicação das sanções de perda da função e de suspensão dos direitos políticos ao agente que culposamente dispense a realização de procedimento licitatório apresenta-se em flagrante desproporção com o ilícito praticado.

Em situações como essa, entendemos que o órgão jurisdicional deve proceder a verificação da compatibilidade entre as sanções cominadas, o fim visado pela lei e o ilícito praticado, o que redundará no estabelecimento de um critério de proporcionalidade.

Assim, a aplicação desproporcional das penas em relação às condutas, sobretudo na ausência de enriquecimento ilícito, ausência de danos ou danos de pequena monta causados ao erário, não se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

⁴² GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 557.

Vale, outrossim, dada a relevância da questão, a posição de José dos Santos Carvalho Filho⁴³:

Questão que tem suscitado controvérsia diz respeito à limitação sancionatória, que consiste em saber se a penalização deve abranger todas as sanções ou, se ao contrário, poderá o juiz aplicar algumas e excluir outras, dependendo da natureza da conduta. Para alguns, as sanções devem ser aplicadas cumulativamente, invocando-se o fato de que as sanções do art. 12 estão, ao final, ligadas pela conjunção 'e', o que demandaria a cumulatividade. Outro pensamento reside em considerar que nem sempre devem somar-se as sanções quando aplicadas, devendo ser analisado o caso específico submetido à apreciação do juiz. Abonamos esta última concepção. As condutas de improbidade são de tal modo amplas e variam numa dimensão tão extensa entre os marcos de grande e pequena gravidade que não se poderia engessar o juiz, obrigando-o a aplicar as sanções de modo cumulativo. Tal entendimento, a nosso ver, ofende o princípio da razoabilidade, pois que permitiria a aplicação de sanção gravíssima (como a suspensão de direitos políticos) para condutas sem maior gravidade (por exemplo, a de negar publicidade aos autos oficiais). Ao juiz, portanto, deve caber proceder à limitação sancionatória em cada caso.

Nesse diapasão, Marcelo Figueiredo:

Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais 'adequada' em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal. Assim, parece demasia e arbítrio aplicar-se a pena de perda de função pública ao servidor que culposamente dispensar indevidamente dada licitação (art. 10, VIII, última parte, da lei). Fere a lógica jurídica e a razoabilidade punir-se com a perda de cargo, suspensão de direitos políticos de 5 a 10 anos, servidor que, mediante conduta culposa (v.g., erro material involuntário comprovado), conclui indevido o processo licitatório. Poder-se-ia cogitar de eventual ressarcimento de danos (se houver) e multa; nada mais.

Enfim, as penas devem ser prudente e adequadamente aplicadas de acordo com a conduta do agente, inobstante a ausência de critério explícito aparente contido na lei.⁴⁴

Assim, a observância cega à cumulação das penas pode levar a evidentes casos de desproporcionalidade. As penas de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos são bastante severas quando concretizadas como decorrência de atos de menor potencial ofensivo, ainda quando praticados com culpa.

⁴³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 19ª ed., 2007, p.1003.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 137.

O exemplo retratado pelo autor dá uma noção clara da parcimônia com que devem ser utilizados os conseqüentes.

Portanto, conclui-se pela regra geral da cumulatividade dos conseqüentes, que, todavia, em situações específicas, por força do postulado da proporcionalidade, sofrerá flexibilizações, de modo a adequar a Lei de Improbidade ao texto constitucional.

Doravante se parte para a análise de cada conseqüente. Começemos com os conseqüentes cuja finalidade é o restabelecimento do *status quo ante*.

2.4.1. Finalidade de Restabelecimento do *status quo ante*: “Ressarcimento integral do dano” e “Perda de bens ou valores acrescidos ao patrimônio”

As sanções de ressarcimento integral do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do causador do ato de improbidade estão previstos no art. 12, I e II da Lei de Improbidade, para as hipóteses em que haja enriquecimento ilícito e danos ao erário.

A finalidade de tais conseqüentes, embora imponham um sentimento de aflição ao condenado, tem um caráter sancionatório tão somente secundário. Prefacialmente, o que se pretende é restabelecer o *status quo ante*, ou seja, restaurar a situação natural, antes de ter sido corrompida pelo ato de improbidade.

Fábio Osório Medina resume muito bem a natureza jurídica de tal condenação:

Em realidade, sequer se trata de sanções, pois tais consequências jurídicas do ato ímprobo apenas restabelecem o status anterior, restauram o patrimônio público lesado. O infrator devolve aos cofres públicos aquilo que foi indevidamente retirado. Repara o prejuízo. Não é sanção, é reparação.

A pretensão restauradora, portanto, visa repercutir, de maneira mais específica, dada as peculiaridades da relação jurídica de direito material que nasce a partir do ato de improbidade, entre o Estado e o agente ímprobo, o princípio constante do art. 942 do Código Civil, que determina que aquele que seja responsável pela ofensa ou violação do direito a outrem ficará sujeito à reparação do ano causado.⁴⁵

⁴⁵ TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & controle Principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 210.

A finalidade restauradora, mormente o ressarcimento ao erário, atende aos interesses do Estado, mais precisamente do órgão lesado patrimonialmente pelo ato de improbidade. Tal afirmativa tem interessantes repercussões na seara processual.

A situação mais comum, por razões que são tratadas alhures, é que um determinado órgão público “X” tenha recurso seu desviado para fins de enriquecimento ilícito, claro ato de improbidade, e a ação respectiva seja manejada pelo Ministério Público em face do praticante do ato.

O autor, Ministério Público, na hipótese, pleiteia todos os conseqüentes constitucionais, presentes no art. 12 da Lei de Improbidade, dentre os quais o ressarcimento ao erário. Todavia, questiona-se se não estaria o Ministério Público, ao buscar judicialmente o ressarcimento aos cofres do órgão “X”, agindo como representante judicial deste.

Em termo de direito processual, teria o Ministério Público legitimidade *ad causam* para a pretensão do pedido de integral ressarcimento do dano sofrido por um órgão público?

É sabido que é vedada a atuação do Ministério Público na defesa pura e simples do erário, da fazenda pública, de interesse este econômico-financeiro de órgãos público, *ex vi* art. 129, IX, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A defesa do erário por parte do Ministério Público representa sobrevivências de uma competência exaurida por ocasião da Constituição de 1988, e conferida a outras instituições componentes da Advocacia Pública, nos termos da Seção II do Capítulo IV da Lei Ápice:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Aceitar a legitimidade ativa do Ministério Público na defesa do erário, além de ferir frontalmente o texto constitucional (arts. 129, IX c/c 131), enseja que *Parquet* imiscua-se indevidamente em competência constitucionalmente destinada à Advocacia Pública.

Todavia, não estaria o Ministério Público legitimado para a defesa do patrimônio público consoante o art. 129, III, da CF/1988?

A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo acima colacionado, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídico das pessoas de direito público.

A jurisprudência do STJ já despertou para tal conflito de atribuições, decidindo de forma a preservar a competência das representações judiciais dos entes públicos, e limitar a atuação do Ministério Público em tais questões, conforme o paradigmático acórdão a seguir colacionado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LIMITES.

1. A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídica das pessoas de direito público.

2. Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade.

3. No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolútoría da sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela.

4. Recurso especial a que se nega provimento⁴⁶.

46 REsp 246698 / MG RECURSO ESPECIAL 2000/0007816-6 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124DJ). PRIMEIRA TURMA. 18.04.2005 p. 213 RDR vol. 33 p. 295 REVFOR vol. 381 p. 328.

Vale colacionar, do mesmo modo, passagem elucidativa do voto do acórdão acima, que bem explicita a necessidade e o alcance dos limites em análise:

Realmente, se, de um lado, há legitimação do Ministério Público para atuar em defesa do patrimônio público, há, por outro lado, a vedação de transformá-lo em mero representante judicial da administração pública. O desafio está em traçar os limites entre os dois campos, mas uma certeza se pode ter: não será a simples existência de lesão ao patrimônio público que, por si só, legitima a atuação do Ministério Público e dá ensejo a ação civil pública. Do contrário, teríamos ações civis públicas para haver pagamento de indenizações por danos causados a veículos do Estado em acidente de trânsito e não teríamos porque negar legitimação ao Ministério Público para cobrar a dívida ativa da Fazenda. É por essas razões que, em doutrina e jurisprudência, se costuma afirmar que, quando o interesse na causa se situa no âmbito ordinário da administração pública, não se justifica a intervenção do Ministério Público nem mesmo como custos legis.

Com efeito, a conjugação dos arts. 129, IX e 131 da Constituição Federal deixa evidenciado que, ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público federal é atribuição da respectiva representação judicial do órgão lesionado, que a promove pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei.

Assim, ordinariamente, o Ministério Público não está legitimado a atuar em defesa da Administração Pública. A sua intervenção nesse domínio, conseqüentemente, somente se justifica em situações extraordinárias. Teori Zavascki, em outro trecho do voto acima, explicita tais hipóteses, como dito, excepcionais:

São as situações em que, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, se possa identificar um interesse superior, que, por alguma razão objetiva e clara, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa, da magnitude da lesão, ou pelas pessoas envolvidas ou por outra circunstância objetiva, a eventual lesão trazer um risco, não apenas restrito domínio da pessoa jurídica, mas a valores especialmente protegidos, de interesse a toda a sociedade. (...)

(...) Nessas ou em outras situações especiais semelhantes, em que o interesse superior esteja devidamente justificado é que se poderá considerar legítimas a atuação do Ministério Público e a utilização da ação civil pública para o exercício da pretensão à tutela jurisdicional.⁴⁷

⁴⁷ REsp 246698 / MG RECURSO ESPECIAL 2000/0007816-6 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124DJ). PRIMEIRA TURMA. 18.04.2005 p. 213 RDR vol. 33 p. 295 REVFOR vol. 381 p. 328.

Teori Zavascki, nesse sentido, é acompanhado por Cândido Rangel Dinamarco⁴⁸, que defende que o patrimônio público e social a que alude o art. 129 em sua exemplificação não pode ser algum patrimônio que tenha titular determinado, visto que não seria direito difuso nem coletivo. Vale a colação:

Por isso, são ilegítimas perante a constituição as disposições de direito infraconstitucional que vão além, para afirmar a legitimidade do Ministério Público também para litígios relacionados com o interesse do Estado como pessoa jurídica e, especialmente, destinados a anular atos administrativos e responsabilizar pessoas mediante condenação a repor recursos financeiros nos cofres públicos. Eventual direito dos entes estatais a essa providência tem titular perfeitamente definido, não sendo portanto difuso nem coletivo. Além disso, a constituição impõe a incompatibilidade do Ministério Público com funções ligadas à representação judicial e à consultoria de entidades públicas (art.129, IX), sendo indispensável o advogado para a representação dessas entidades no processo civil (ar.133).

Assim, o pedido ordinário de mero ressarcimento, dentre os demais conseqüentes do ato de improbidade, dependerá da anuência do órgão desfalcado, a ser intimado para compor o litisconsórcio ativo necessário. O ente desfalcado ingressará no feito conforme o art. 17,§3º, da Lei de Improbidade.

Para os demais conseqüentes, não há que se questionar a legitimidade do Ministério Público.

É preciso ainda realçar que a recomposição do dano causado pela ré aos cofres do ente deverá, sempre, reverter para o mesmo, por força do art. 18 da Lei de Improbidade:

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Quanto ao sucessor daquele condenado na pena de ressarcimento, responderá até o limite da herança, por expressa (e desnecessária) disposição do art. 8º da Lei de Improbidade. Todavia, se o sucessor tiver concorrido de algum modo para a improbidade (v.g, servindo de “laranja”, ou seja, titularizando a propriedade de bens fruto da improbidade em benefício do ímprobo), estará integralmente sujeito ao ressarcimento.⁴⁹

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 345.

⁴⁹ MEDINA, ob. cit. p. 257.

O ressarcimento do dano deve alcançar o dano patrimonial suportado, e o dano moral.

É indiscutível que determinados atos podem diminuir o conceito da pessoa jurídica de direito público junto à sociedade⁵⁰, ainda que não haja uma repercussão imediata sobre seu patrimônio.

Tais danos⁵¹, não-patrimoniais, têm complexos efeitos sobre o esforço da legitimação de poder do Estado sobre a sociedade⁵², sobre o equilíbrio social e a subsistência de várias negociações, a exemplo da imagem do país junto a organismos internacionais, para fins de captação de recursos; frente a investidores nacionais e estrangeiros, dada a frequente emissão de títulos da dívida pública para a captação de receita e em relação à iniciativa privada, dada a sempre crescente e necessária formação de parcerias.⁵³

Tal dimensão do dano moral é que deve ser evidenciada, e reduzida a uma expressão monetária, para fins de indenização o que, reconheça-se, é de difícil empreitada, cabendo ao autor da ação a demonstração do desdouro causado à reputação do órgão estatal.

Em termos de ressarcimento ao erário, a execução, a ser guiada pelo ente desfalcado, como dito, seguirá o regime do cumprimento de sentença, aplicando-se a regra do art. 591 do CPC, pelo qual o devedor, condenado na ação de improbidade na pena de ressarcimento, responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Para o ressarcimento ao erário, devem ser alcançados bens adquiridos inclusive anteriormente à prática do ato de improbidade, ou até mesmo anteriormente à vigência da Lei de Improbidade, visto que a vontade constitucional deseja o efetivo ressarcimento ao erário, descabendo interpretação contrária. Fábio Osório Medina bem ilustra a questão⁵⁴:

⁵⁰ Código penal Militar, art. 219: Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das forças armadas ou a confiança que estas merecem do público: Pena - detenção, de seis meses a um ano. Parágrafo único. A pena será aumentada de um terço, se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

⁵¹ Além dos efeitos administrativos, políticos, sociais, jurídicos e econômicos do ato de improbidade, abordados anteriormente.

⁵² ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos*. Recife: Anuário do Mestrado em Direito, nº 05, 1992, 202.

⁵³ GARCIA e ALVES, ob. cit. p. 432.

⁵⁴ MEDINA, ob. cit. p.255.

Imagine-se que o agente condenado por improbidade tivesse dilapidado os bens acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, restando-lhe, no entanto, bens de origem lícita. Nesse caso, havendo dano ao erário, deve ocorrer ressarcimento integral. Pouco importa a concreta origem dos bens, pois estes, de qualquer sorte, ficam sujeitos à indisponibilidade.

Em caso de multiplicidade de condenados no conseqüente de ressarcir o erário, uma vez que concorreram voluntariamente para o resultado ímprobo, ter-se-á obrigação solidária de pagar, nos termos do art. 942 do Código Civil.⁵⁵

No que tange ao conseqüente de perda de bens e valores, igualmente, a natureza sancionatória é mediata. O que se pretende, em primeiro plano, é reconduzir o agente à situação anterior à prática do ilícito, mantendo seu patrimônio lícito no patamar anterior ao ato de improbidade.

Não se deve confundir o conseqüente do ressarcimento com o perdimento de bens e valores, sob pena de afligir o condenado duplamente pelo mesmo fato.

Ambos os conseqüentes visam a vontade constitucional maior de ressarcimento ao erário no sentido de restabelecer, amplamente, o *status quo ante*. O perdimento de bens visa restaurar a situação anterior, de forma que o agente devolva aquilo que acrescentara ilicitamente ao seu patrimônio, em detrimento da finalidade pública; ao passo que o ressarcimento propriamente dito visa que o agente repare o desfalque material a que dera causa.

É possível haver improbidade administrativa por enriquecimento ilícito sem prejuízo ao erário, situação pela qual o agente será condenado no conseqüente de perdimento de bens e valores. Exemplo: Perceber vantagem econômica para acelerar a liberação verba pública.

A condenação, dentre outras, será de perdimento da vantagem econômica percebida, não se falando no conseqüente de ressarcimento ao erário.

Ainda que não exista dano, o perdimento será em favor do ente público ao qual o agente estava vinculado, pois se aproveitara da atividade desempenhada no órgão para locupletar-se ilicitamente.⁵⁶

É possível haver improbidade administrativa por danos ao erário, sem enriquecimento ilícito, situação pela qual o agente será condenado ao ressarcimento

⁵⁵ GARCIA, ob. cit. p. 430

⁵⁶ GARCIA e ALVES, ob. cit. p. 429.

propriamente dito. Exemplo: Conceder benefício fiscal sem a observância das formalidades legais.

Na hipótese, a condenação, dentre outras, será de ressarcir o montante do benefício fiscal concedido sem a observância das formalidades legais.

É possível haver improbidade administrativa por danos ao erário e enriquecimento ilícito, num mesmo contexto fático, situação pela qual o agente será condenado ao ressarcimento propriamente dito e perdimento de bens e valores. Exemplo: Perceber vantagem econômica para facilitar a aquisição de bem imóvel por preço superior ao valor de mercado.

Na hipótese, o perdimento será da vantagem econômica percebida, e o ressarcimento, grosso modo, será pela diferença do valor da venda pelo de mercado.

Outra distinção, com importância na perspectiva processual, já mencionada, é que a condenação em ressarcimento é uma obrigação de pagar, exigindo o regime executivo do art. 475-J do CPC, ao passo que a condenação de perda de bens e valores é uma tutela desconstitutiva, combinada com executiva *latu sensu*, exigindo o regime executivo do art. 461-A do CPC⁵⁷.

Discute-se na doutrina⁵⁸, vale repisar, efeitos condenatórios, por decorrência lógica, de sentenças de natureza de constitutivas negativas (desconstitutivas). A questão é saber se onde há pedido de tutela desconstitutiva haveria, implicitamente, por construção lógica, título executivo para restauração do *status quo ante*. Como dito, sempre deve haver pedido expresso pra pretensões condenatórias, não as considerando com meros e necessários corolários lógicos da tutela desconstitutiva⁵⁹, preocupação menor em termos de ação de improbidade, dada a técnica do art. 12 da Lei de Improbidade.

Vejamos a discussão na desconstituição da propriedade em sede de ação de improbidade.

No caso do consequente do perdimento de bens e valores, por ser fundado no enriquecimento ilícito ou por prejuízo ao erário, o pedido é feito com base no art. 12, I ou II, da Lei de Improbidade, portanto sempre haverá pedido expresso de

⁵⁷ Vale remeter aos comentários tecidos anteriormente sobre qual seria a técnica processual adequada quando se tratar de condenação de perdimento de quantia em dinheiro decorrente de enriquecimento ilícito, que esteja perfeitamente individualizada em depósito com tal finalidade.

⁵⁸ A discussão, com apresentação sucinta das posições, é apontada por José Roberto dos Santos Bedaque (in *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 552), que, ao final, defende, grosso modo, que a existência de autêntica tutela constitutiva com efeito condenatórios feriria o princípio da congruência e da inércia.

⁵⁹ BEDAQUE, ob. cit. p. 554.

perdimento, o qual é precedido pela desconstituição da propriedade, em favor do ente lesado.

Assim, em ação de improbidade, onde se busca também tutela desconstitutiva, como os pedidos estão balizados (não limitados) nas formas do art. 12 da Lei de Improbidade, sempre haverá pedido expreso de condenação, com o conseqüente contraditório.

Ter-se-á, portanto, tutelas desconstitutivas e condenatórias (executiva *latu sensu*) combinadas.

O perdimento alcança os bens ou valores, bem como frutos e produtos.

Tratando-se de bens fungíveis, não sendo possível a tutela específica da obrigação, o perdimento haverá de incidir sobre o valor equivalente ao patrimônio do ímprobo, sempre que tiverem sido consumidos ou deteriorados. No caso de bens infungíveis, a tutela, outrossim, sempre será a específica, mas não sendo possível, seguindo a sistemática do 461-A do CPC, resolver-se-á, em última análise, pelo equivalente pecuniário.

Portanto, nos casos de consumo ou deterioração dos bens objeto do perdimento, a execução frustrada dará lugar a uma execução por quantia certa, pelo equivalente pecuniário por subrogação, devidamente atualizado.

O perdimento, diferentemente do ressarcimento, recairá sobre os bens acrescidos após a prática do ato de improbidade, ou por eles subrogados, sob pena de confisco, o que ofenderia o texto constitucional, nos termos do art. 5º, XLVII, da Constituição.⁶⁰

Para concluir, é preciso destacar que a vontade constitucional de reparação ao erário por atos de improbidade não é realizada, exclusivamente, pela ação de improbidade, contendo, no sistema, outras opções para a persecução jurisdicional de tais valores.

Uma das técnicas disponíveis, ideal quando as demais pretensões do art. 12 da Lei de Improbidade forem exauridas pela prescrição ou decadência, é o manejo de ação, por procedimento comum ordinário, pelo qual buscará, tão somente, o ressarcimento dos danos causados a partir de ato de improbidade, por força do art. 37, §5º, da Constituição:

⁶⁰ REsp 196932/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/1999, DJ 10/05/1999 p. 119.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Outra opção do sistema decorre das atribuições do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo, com competências constitucionais privativas constantes dos arts. 71 a 74 e 161, da CF.

Dentre o plexo de atribuições do Tribunal de Contas da União, vale colacionar as seguintes (com especial importância para o §3º), de profundo significado para o sistema de tutela da probidade, bem como para a compreensão da alternativa processual a partir das atribuições do TCU, para a consecução da vontade constitucional de ressarcimento ao erário, nos casos de improbidade:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Portanto, a decisão do Tribunal da qual resulte imputação de débito ou cominação de multa torna a dívida líquida e certa, e tem eficácia de título executivo. Nesse caso, o responsável é notificado para, no prazo de quinze dias, recolher o valor devido.

Se o responsável, após ter sido notificado, não recolher tempestivamente a importância devida, é formalizado processo de cobrança executiva, o

qual é encaminhado ao órgão competente, no caso a Advocacia-Geral da União, para promover a devida execução⁶¹.

Portanto, os processos instaurados no âmbito do TCU, que geram acórdãos com força executiva por expressa norma constitucional, são também importantes alternativas para reparação ao erário, no caso de ineficácia da ação de improbidade.

É possível que ocorra a concomitância de ação de improbidade, com pedido de ressarcimento, com execução de acórdão do TCU, pelo mesmo valor, em face do mesmo agente.

Por óbvio, quanto à pretensão ressarcitória, não se trata de litispendência, pois os elementos das ações não são os mesmos, nem coisa julgada, visto que o TCU não exerce jurisdição,

Na hipótese, temos que o pedido de ressarcimento, objeto da ação de improbidade, restará esvaído de interesse processual, visto que a execução é meio mais hábil e adequado para a percepção dos valores. Logo, a ação de improbidade seguirá, mas para persecução dos demais consequentes, ao passo que a execução continua, mas tão somente para a realização do ressarcimento.

Eis, portanto, as considerações mais relevantes dos consequentes mencionados, que devem ser reunidos e considerados sob o ponto de vista teleológico comum, qual seja, o restabelecimento do *status quo ante*,

É fundamental a percepção da finalidade dos consequentes em tela, sobretudo, para a interpretação das normas que tratem de ressarcimento e perdimento de bens e as técnicas processuais garantidoras do alcance de tal finalidade, que serão abordadas posteriormente: decretação de indisponibilidade de bens (para ressarcimento) e sequestro (para perdimento).

Doravante, parte-se para a análise de consequente da aplicação de multa civil, cuja finalidade distingue-se das abordadas anteriormente.

⁶¹ Registre-se que se trata de execução por título extrajudicial, com esteio no próprio Código Civil, com as alterações da Lei nº 11.382/2006, que tornou o procedimento mais célere e garantidor de resultados, e não execução fiscal, com esteio na lei nº 8.630/80.

2.4.2. Pena propriamente dita: “Multa civil”

Temos que, dentre os consequentes do ato de improbidade administrativa, aquela que mais se aproxima de uma penalidade propriamente dita, é a multa, prevista nos três incisos do art. 12 da Lei de Improbidade.

A multa, de maneira geral, busca uma punição ou reparação, caracterizando-se por prestação pecuniária compulsória, tendo por causa uma prática ilícita, em desfavor do seu autor.⁶²

No sistema de tutela da probidade, a finalidade ressarcitória é alcançada por outros dois consequentes, perdimento de bens e valores e ressarcimento integral do dano, logo, à multa prevista no art. 12, só resta o condão de, puramente, punir.

A finalidade a ser alcançada com a multa é punir, aflitar, forçar, ante a intimidação de sua aplicação, que o agente ímprobo não torne a desobedecer, a corromper, a conduta natural exigível da administração, a partir das Regras e Princípios Administrativos.

A condenação na multa ensejará uma obrigação de pagar, a ser perseguida, na fase executiva, na forma do art. 475-J do CPC, pelo ente desfalcado.

Ainda que o autor seja o Ministério público, que o ente não tenha participado do feito, e que o art. 18 da Lei de Improbidade não mencione os valores relativos à multa, o montante há de ser revertido em favor do ente desfalcado, por derivação direta do vínculo mantido entre o Estado e o ímprobo.⁶³

Tendo em vista a finalidade da multa de punir, aflitar, forçar, ante a intimidação de sua aplicação, que o agente ímprobo não torne a desobedecer a corromper a conduta natural exigível da administração, como dito anteriormente, é de extrema importância a correta fixação do montante, para que tal finalidade seja atingida, sem ofender o princípio da proporcionalidade.

O critério utilizado pelo sistema é de que a multa deve, num primeiro plano, ter correlação com o ato de improbidade praticado, e, no segundo momento, a extensão do ato.

Assim, a base de cálculo da multa observará, distintamente, cada tipo de ato, segundo os critérios da Lei de Improbidade, da seguinte forma:

⁶² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das Multas tributárias*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43.

⁶³ GARCIA e ALVES, ob. cit. p. 471.

- Dentre aqueles que enriquecem ilicitamente: a base de cálculo será o acréscimo patrimonial.
- Dentre aqueles que causam prejuízos ao erário: a base de cálculo será o dano.
- Dentre aqueles que ofendem a Princípios da Administração: a base de cálculo será a remuneração do agente⁶⁴

Fixada a base de cálculo, o parágrafo único do art. 18 estabelece uma alíquota a ser aplicada, de acordo com a extensão do enriquecimento ilícito (até três vezes) ou do dano (até duas vezes); silenciado acerca da multa nas hipóteses de ofensa a Princípios da Administração.

A lei disse menos do que queria, devendo alcançar também a hipótese do art. 11. Ademais, não só a extensão deve ser analisada, mas também outros elementos como intensidade do dolo, reincidência, natureza da participação dos agentes, circunstâncias do fato, entre outras, podendo fazer uso do art. 59 do Código Penal, de acordo com a unidade do sistema de tutela da probidade.⁶⁵

Tal alíquota é que precisa ser objeto da análise ponderada, à luz do princípio da proporcionalidade pelo aplicador da pena, mas sempre com os cuidados necessários para não esvaziar o caráter aflictivo e pedagógico do consequente.

Para tanto, na dosimetria correta da alíquota da multa, o aplicador deve observar os elementos estruturais do princípio da proporcionalidade⁶⁶: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A propósito, trago à baila o ensinamento de José dos Santos de Carvalho Filho⁶⁷:

A aplicação das sanções pressupõe, como adiantamos, a observância do princípio da proporcionalidade, exigindo-se a correlação entre a natureza da conduta de improbidade e a penalidade a ser imposta ao autor. A aplicação do princípio é relevantíssima no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar tipos abertos, dando margem a interpretações abusiva. Desse modo, condutas de menor gravidade não são suscetíveis de sanções mais severas do que exige a natureza da conduta.

⁶⁴ No caso de terceiro que se beneficie com o ato, a base de cálculo será a remuneração do agente público envolvido no mesmo ato de improbidade.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 921.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, ob. cit. p. 921.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, ob. cit. p. 921.

A atividade do aplicador, com efeito, consistirá em estruturar uma relação meio-fim, na qual a multa é o meio, ou seja, a limitação que pretende tornar possível o alcance do fim almejado, ou seja, o caráter aflitivo-pedagógico, de modo ao ímprobo não mais atuar contra as normas do sistema de tutela da probidade.⁶⁸

Em igual sentido, a lição de Waldo Fazzio Júnior:

A aferição da compatibilidade entre os graus de reprovabilidade e a intensidade da improbidade melhor se identifica com os direitos fundamentais previstos na mesma Carta Magna que determina sanções para o agente ímprobo e a necessidade de reprimendas.

(...)

Não se olvide que a razoabilidade inerente à edição normativa é sopesada abstratamente, carecendo sua concretização de uma segunda operação, precisamente a individualizadora, somente promovida pelo órgão judiciário, à luz de elementos que, certamente, o legislador não poderia considerar em toda sua extensão e heterogeneidade.

A norma é sempre razoável, mas como é genérica e abstrata, não tem o dom de antecipar circunstâncias, estas só efetivamente presentes, vivas e humanas, nos tribunais. Assim, aos togados incumbe aferir a exata medida da razoabilidade, em cada caso, complementando e suplementando a missão do legislador.

É esta sintonia, esta adequação ao singular, que se constitui no fundamento de legitimidade das restrições impostas pela Lei nº 8.429/92. O razoável in concreto é o razoável judicial, passo final e indispensável no caminho da incidência do direito objetivo, acrescentando à legalidade das sanções o compatível e o necessário que as tornas legítimas (⁶⁹grifos no original).

O princípio da proporcionalidade ordenará a relação entre o fim que se pretende alcançar (caráter aflitivo-pedagógico da multa, para que o ímprobo não reincida) e o meio utilizado (multa), de modo que seja proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária.⁷⁰

Assim, para a correta aplicação da multa, uma vez estabelecida a base de cálculo, segundo as rígidas regras da Lei de Improbidade, passa o aplicador ao exame seguinte, da quantificação da alíquota a partir da observância dos seguintes subprincípios do Princípio da Proporcionalidade.

O Princípio da Adequação exige a observância, no momento de aplicação da pena, se a norma restritiva do direito fundamental à propriedade, inserta na

⁶⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 79.

⁶⁹ FAZZIO, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p.364.

⁷⁰ STEINMETZ, ob. cit. p. 79.

Lei de Improbidade, viabiliza o alcance da finalidade almejada, que o caráter aflitivo-pedagógico em face do réu.⁷¹

Trata-se de inquirir se a medida, no caso concreto, é apta, útil e apropriada, para que o ímprobo sinta o efeito aflitivo e não mais cometa tal ato.

Portanto, o elemento estruturador da adequação ordena que a medida adotada para a realização do caso concreto seja apropriada aos objetivos almejados, perfazendo, portanto, o controle da relação e adequação entre o meio e o fim.

Portanto, não superada tal fase, poderá o juiz condenar o ímprobo somente nos outros consequentes da Lei de Improbidade, deixando de aplicar a multa.

Como os outros consequentes também têm efeitos aflitivos-pedagógicos (ainda que mediatos), tal finalidade pode ser alcançada sem necessidade de aplicação da pena, mas só com base no ressarcimento, no perdimento de bens ou no afastamento do cargo, nunca mais voltando a cometer um ato de improbidade.

Ato contínuo, passa-se ao exame sobre em que medida a punição atingiria a finalidade pretendida, a partir do Princípio da Necessidade, pelo qual, será necessária à medida que causar o menor prejuízo possível.⁷²

Aqui, o aplicador deve verificar se, dentro da norma que permite, sobre a base de cálculo, a aplicação de uma alíquota, qual alíquota alcança o objetivo. Passando de tal montante, ofende-se o subprincípio em tela.

Se a norma fala em “multa civil de até cem vezes o valor da remuneração”, e o aplicador, no caso concreto, verifica que a aplicação de multa no montante de 20 vezes a base de cálculo fará com que o ímprobo não reincida, eis a medida proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária, da multa.

Se, das circunstâncias do caso, a aplicação de multa no montante de 20 vezes a remuneração atinge os objetivos, a aplicação a maior, por certo, ofende o princípio da proporcionalidade, pois, como visto, o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que meios e fins sejam colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. O subprincípio em tela remete à idéia de justa medida, ou seja, para se alcançar o fim

⁷¹ STEINMETZ, ob. cit. p. 81.

⁷² STEINMETZ, ob. cit. p. 79.

perquirido, deve-se sopesar as desvantagens dos meios em relação as vantagens dos fins.

Por fim, é preciso apontar uma incoerência do sistema, que o aplicador da pena de multa não pode desconsiderar.

De acordo com o critério da Lei de Improbidade, a conduta inserta no art. 11 é a menos grave. Todavia, a depender da remuneração do agente, que é a base de cálculo para aplicação da multa, o resultado pode soar muito mais grave do que se tivesse incorrido nas hipóteses dos arts. 9º e 10º.

Logo, deve o aplicador ter sempre em mente tal vicissitude da Lei de Improbidade, sob pena de olvidar do postulado da proporcionalidade, tendo como opção, no caso de remuneração alta, determinar um valor fixo que atinja a finalidade da pena.

2.4.3. Segregação do poder público: “perda da função pública”, “suspensão dos direitos políticos” e “proibição de contratar com o poder público”

Os conseqüentes de “perda da função pública”, “suspensão dos direitos políticos” e “proibição de contratar com o poder público” têm, como efeito e finalidade, afastar, ainda que temporariamente, aqueles que cometeram atos de improbidade da coisa pública.

A expressão “perda da função” significa a extinção de qualquer vínculo de agente público com as entidades mencionadas no art. 1º da Lei de Improbidade, ou seja, alcança todos aqueles que exerçam atividade pública, ainda que transitoriamente, ainda que sem remuneração, por qualquer forma de investidura (eleição, nomeação, designação, contratação), por qualquer vínculo (mandato, cargo, emprego ou função). Alcança, ainda, qualquer um que desenvolva atividade pública por força de concessão, permissão ou autorização.⁷³

Portanto, a lei não exclui qualquer vínculo, pelas razões muito bem delineadas por Emerson Garcia e Rogério Alves, que merecem colação⁷⁴:

O resultado dessa exegese, de natureza aparentemente excessiva, é encontrada a partir da teleologia da lei n. 8.429/92 e de sua sistemática. A denominada ‘Lei de Improbidade’ objetiva afastar da

⁷³ GARCIA e ALVES, ob. cit. p. 446.

⁷⁴ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 446

atividade pública todos os agentes que demonstram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida, o que tornaria no mínimo insensata a restrição dos efeitos da lei quando patente sua pertinência, já que similares os substratos embaixadores.

Caso o agente esteja na inatividade, como dito anteriormente, também o vínculo, de ordem previdenciária, será desfeito, com a cassação da aposentadoria.⁷⁵ O pleno do STF inclusive já apreciou a matéria, nos seguintes termos⁷⁶:

EMENTA: Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. - Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao artigo 169 da Lei 8.112/90, não houve prejuízo para a impetrante. - Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. Interpretação da fluência do prazo de prescrição na hipótese de ser interrompido o seu curso (artigo 142, I e §§ 3º e 4º, da Lei 8.112/90). - Falta de demonstração da alegação vaga de cerceamento de defesa. - A alegação de que as imputações à impetrante são inconsistentes e não foram provadas, demanda reexame de elementos probatórios, o que não pode ser feito no âmbito estreito do mandado de segurança. - Inexistência do "bis in idem" pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias. Não aplicação ao caso da súmula 19 desta Corte. - Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. - Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado.

O resultado prático esperado deste conseqüente, naturalmente, é a extinção do vínculo, na forma descrita anteriormente, todavia tão somente a partir do trânsito em julgado da ação de improbidade, por força do art. 20 da Lei de Improbidade, que assim determina expressamente.

Tratando-se de agente titular de mandato, tal circunstância remete ao tema da duração razoável da ação de improbidade que, para ser efetiva, deverá chegar ao seu trânsito em julgado a tempo da condenação em tela ter alguma utilidade.

⁷⁵ TOURINHO, ob. cit., p. 217.

⁷⁶ MS 22728, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 22/01/1998, DJ 13-11-1998 PP-00005 EMENT VOL-01931-01 PP-00150.

Por óbvio, sobretudo se o ato de improbidade se der no final do mandato, não se defende um procedimento atropelado, à revelia das garantias processuais constitucionais de defesa.

Trata-se, na hipótese, de um parâmetro a ser considerado quando da fixação do que seria, no caso concreto, a duração razoável da ação de improbidade, sobretudo, quando o ato se der no início do mandato, ou no caso de reeleição.

No caso de dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista, a situação não é diferente.

O dirigente de empresa estatal está submetido, no que tange às suas responsabilidades, a dois sistemas cumulativos: o decorrente do Direito Societário, conforme art. 158 da Lei das S/A, e o decorrente do Direito Administrativo Sancionador, em que tudo se aplica ao dirigente da estatal.⁷⁷

No plano processual, a condenação em tela configura-se numa tutela desconstitutiva, de, relativamente, fácil cumprimento, não merecendo maiores considerações. Quando do trânsito em julgado, os órgãos que mantêm vínculo com o condenado ímprobo serão informados para providenciarem a extinção do vínculo.

Passemos ao exame do conseqüente da perda dos direitos políticos.

A Constituição trouxe em seu Título II os Direitos e Garantias fundamentais, dividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Para a compreensão do que são os direitos políticos vale a tradicional definição de José Afonso da Silva⁷⁸, repetida nos principais manuais de direito constitucional pátrio. Para o autor, os direitos políticos:

Garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio de diversas finalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de eleggibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos.

Assim, por força da condenação em tela, a ser aplicada tão somente a partir do trânsito em julgado da ação de improbidade⁷⁹, todas as prerrogativas, atributos,

⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Improbidade Administrativa de dirigente de empresa estatal*. Belo Horizonte: Fórum, Revista Brasileira de Direito Público, Ano I n.1, abr/jun., 2003, p. 11.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 351.

faculdades decorrentes dos direitos políticos, acima aduzidos por José Afonso da Silva, ficam afastadas de três a dez anos, a depender do ato de improbidade praticado.

Coerentemente, a Constituição prevê no seu art. 15 que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de, entre outros, conforme o inciso V, de improbidade administrativa, consoante seu art. 37, §4º, que, como sabido, preconiza que os atos de improbidade administrativa importarão, entre outros conseqüentes, a própria suspensão dos direitos políticos.

A suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das sanções estipuladas pela Lei de Improbidade, pois implica, ainda que temporariamente, na sustação do exercício de um dos direitos fundamentais de maior amplitude da ordem constitucional.⁸⁰

O conseqüente em tela, vale ressaltar, tem uma amplitude maior que as inelegibilidade decorrentes do art. 15 da Constituição e as decorrentes da Lei Complementar 64/1990.⁸¹

Vale ressaltar que o conseqüente de perda da função pública segrega pontualmente o ímprobo da função que desempenhava, que, no entanto, poderá voltar ao serviço público por outras formas de investiduras.

A suspensão dos direitos políticos, todavia, cumulada ou não com o conseqüente da perda da função pública, além de segregar pontualmente o ímprobo da função que desempenhava, também o impede de assumir uma nova posição pública pelo prazo estipulado na condenação.

Tal ocorre em virtude de, tratando-se de cargos (efetivos ou comissionários) ou função, ser requisito básico para assunção ao posto o gozo dos direitos políticos, na forma do Art. 5º, II, da Lei n. 8.112/93. Tratando-se de cargo eletivo, ou seja, mandato, é necessário ser elegível, e, para tanto, é necessário, também, estar no gozo dos direitos políticos, na forma do art. 14, § 3º, II, da Constituição.

A suspensão dos direitos políticos trata-se, no plano processual, também, de tutela desconstitutiva, que, para realização prática, deve o aplicador oficiar ao órgão da justiça eleitoral do domicílio eleitoral do condenado, para que se dê concretude à medida.

⁷⁹ Art. 20 da Lei de Improbidade.

⁸⁰ REsp 1097757/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009

⁸¹ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 446.

Todavia, a realização prática da medida, como comentado anteriormente, é bastante intrincada, e não poderia ser diferente, considerando a magnitude do conseqüente.

Para a realização prática o aplicador da suspensão, ou seja, o juiz, de direito ou federal, prolator da sentença que determinar a medida em tela, como dito, oficiará ao juiz eleitoral da circunscrição eleitoral do condenado para início do procedimento de “cancelamento”, *rectius*, suspensão dos direitos políticos, na forma do Código Eleitoral.

Nos termos do art. 71, §.2º, do Código Eleitoral, “a autoridade que impuser essa pena providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou ao Tribunal Regional da circunscrição em que residir o réu”. Ressalte-se que, na forma do art. 72, durante o procedimento e até a suspensão efetiva, pode o condenado votar validamente.

O procedimento em tela permite um contraditório, que pode ser feito pelo interessado, por outro eleitor ou por delegado de partido. Todavia, a cognição a ser desempenhada pelo juízo eleitoral não pode discutir a aplicação do conseqüente, sob pena de ofensa à coisa julgada da ação de improbidade.

Em suma, o procedimento para realização prática do conseqüente em tela, na forma do art.77 do Código eleitoral, que se reveste de atuação administrativa, não jurisdicional, consiste na autuação do ofício com os documentos que o instruíram. Em seguida, fará publicar edital com prazo de 10 (dez) dias para ciência dos interessados, que poderão contestar dentro de 5 (cinco) dias, com dilação probatória de 5 (cinco) a 10 (dez) dias, se requerida.

Da decisão do juiz eleitoral caberá recurso no prazo de 3 (três) dias, para o Tribunal Regional, interposto pelo excluendo ou por delegado de partido.

Passado o período da condenação, deverá o condenado requerer novamente a sua qualificação e inscrição.

O tempo de suspensão está descrito na lei, de forma variável, em intervalos, também de acordo com o ato de improbidade cometido, segundo o critério recorrentemente utilizado, ou seja, caso tenha cometido ato que enriqueça ilicitamente, cause prejuízo ou, tão só, fira princípios da administração, nesta ordem, maiores serão os intervalos.

De acordo com a conduta, poderá ter a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, no caso de enriquecimento; de cinco a oito anos, no caso de danos ao erário; e suspensão de três a cinco anos no caso de ferimento aos princípios.

Aqui vale, também, as considerações perpetradas sobre a aplicação do postulado da proporcionalidade quando da aplicação do intervalo cabível.

Todavia, caso opte pela aplicação do consequente em tela, deve o aplicador observar o intervalo previsto no art. 12 da Lei de Improbidade, aplicando, no mínimo, o mínimo previsto legalmente, sob pena de imiscuir-se no lugar do legislador.

Por fim, vale tecer considerações sobre a segregação destinada aos particulares que celebram contratos com o poder público incorrendo nas hipóteses da Lei de Improbidade.

O consequente em tela alcança sua realização prática com a proibição da empresa condenada, ou por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, em contratar com poder público em geral, ou seja, em qualquer âmbito federativo, qualquer tipo de objeto, e, ainda, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.⁸²

A proibição dar-se-á por prazos fixos, alcançando 10 anos no caso de enriquecimento; cinco anos, no caso de danos ao erário; e três anos no caso de ferimento aos princípios.

A condenação, do ponto de vista processual, tem feição de difícil enquadramento no plano das tutelas clássicas.

É defensável tratar-se de condenação de obrigação de não fazer, cuja realização prática ocorre com a inscrição da condenada em sistemas de informação no qual o poder público, de qualquer esfera, tenha acesso, e conheça a restrição imposta pela condenação em tela.

Importante instrumento de realização prática do consequente em tela é o Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa, que reúne as informações do Poder Judiciário sobre pessoas físicas e jurídicas definitivamente condenadas por atos de improbidade administrativa gerido pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 44/2007.

O inconveniente é a falta de conhecimento do cadastro por parte dos contratantes públicos, bem como o acesso dependente de convênio a ser firmado com o

⁸² GARCIA ALVES, ob. cit., p. 454.

CNJ, o que inibe o acesso, sobretudo tratando-se de pequenos municípios ou entes da administração indireta.

Outro cadastro importante, embora mais amplo, é o CEIS - Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, criado pela Controladoria-Geral da União, que contem empresas com declaração de inidoneidade, de acordo com as Leis de Licitações, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e a Lei do Pregão, que orientam a contratação e o fornecimento de serviços ou bens ao poder público federal e determinam inclusões ou exclusões do cadastro.

Eis, portanto, as considerações cabíveis sobre os consequentes da Lei de Improbidade, de diferentes finalidades, que, na medida que são materialmente alcançados, a vontade constitucional é satisfeita, surgindo as técnicas processuais como instrumentos fundamentais para tal satisfação.

3. MEIOS PARA GARANTIA DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Uma vez assentada o que seria uma tutela efetiva da probidade, ou seja, quais os resultados alcançados para que se possa considerar como efetiva a tutela da probidade, é preciso propor meios para tanto.

Em outras palavras, fixada a finalidade, agora partimos para a análise dos meios.

Devem ser considerados diversos meios, dentro e fora do processo, bem como antes e durante, que, em aplicação conjugada, contribuirão, cada qual com sua função, para o pleno alcance das finalidades anteriormente examinadas.

Inicialmente serão analisados meios indiretos, ou seja, aqueles que, embora não sejam, diretamente, institutos processuais, manejáveis no processo onde se tutela a probidade, aplicam-se sobre tais institutos, contribuindo para a efetividade da tutela.

Proporemos dois.

O primeiro meio indireto a ser analisado será uma proposta de se conferir um tratamento sistêmico às normas esparsas, materiais e processuais, afetas à tutela jurisdicional da probidade.

O segundo meio indireto será a fixação de um cânone hermenêutico ordenador do referido sistema, posto para o exame das disposições normativas que estejam confusas, omissões ou lacunas, ou ainda como critério de aplicação das normas componentes do sistema.

Analisados os meios indiretos, passa-se ao exame dos institutos, sobretudo de processo, que contribuem para o alcance dos consequentes do art. 37, §4º, da Constituição.

Iniciaremos com meios extraprocessuais preparatórios que contribuem bastante para a efetividade da tutela. O primeiro é o manejo de medidas cautelares preparatórias, a partir de procedimento administrativo que concluíra pela existência de improbidade, embora não houvesse na hipótese, ainda, como se interpor a ação de improbidade. O segundo meio é o acompanhamento periódico da evolução patrimonial dos agentes públicos, medida preventiva e preparatória, de grande utilidade para a tutela da probidade.

Posteriormente passa-se ao exame dos instrumentos manejáveis já dentro do processo no qual se busca a tutela da probidade, tal como o afastamento do agente público, a indisponibilidade de seus bens, o seqüestro de bens acrescidos ilicitamente, antecipação de tutela, medidas de urgência no Plano Internacional para Cooperação Global no Combate à Corrupção, entre outros.

3.1. Meios indiretos

3.1.1. Efetividade do processo a partir de um tratamento sistêmico das normas, materiais e processuais, afetas à tutela jurisdicional da probidade

A ética, quando aplicada à função pública, tem seu eixo básico na idéia de “moralidade”, categoria bastante ampla, sendo patente que precisa de integrações normativas pertinentes.⁸³

Nesse esforço, várias normas foram editadas no Brasil ao longo de anos⁸⁴, e diuturnamente aplicadas, contudo, de forma assistemática, gerando resultados práticos pífios do principal meio repressivo de combate à corrupção, como sabido, a ação de improbidade administrativa, ou seja, sem que se alcançasse o esperado pela própria norma constitucional caso ocorresse um ato de improbidade⁸⁵.

Como dito e repetido, o plexo de normas do ordenamento pátrio que tratam de corrupção compõem um autêntico sistema normativo, e assim deve ser considerado, ainda que o legislador não o tenha intencionalmente concebido, necessitando, portanto, um esforço do aplicador das normas desse sistema.

Assim, como alerta Paulo Otero⁸⁶, o legislador, ao editar as normas, deve ter sempre em mente a idéia de unidade do sistema, não o fazendo, caberá ao intérprete e aplicador o esforço hermenêutico de conferir a unidade e organização desejadas:

⁸³ MEDINA, Fábio Osório. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007, p. 36.

⁸⁴ Historicamente: o Código Criminal do Império (1830), O Código Criminal da República (1890), Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei 3.164/57), A Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/58). Em vigor: Constituição de 1988, Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50), Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos (DL 201/67), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (Lei 8.137/90), Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), Lei Geral de Improbidade Administrativa, Código Penal, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Código de Processo Civil e Penal, entre outros.

⁸⁵ Constituição Federal de 1988, art. 37, §4º. 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.

⁸⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração pública*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 206

(...) no Direito a idéia de sistema deve ser lembrada ao legislador que faz as normas, ao intérprete que as aplica e ao cientista que as trabalha dogmáticamente: todas as disposições jurídicas só podem ser entendidas no contexto sistemático em que se integram.

O que se teme com a manutenção da situação atual, como um dos efeitos da corrupção já analisados, é o descrédito da legislação referente à tutela da probidade administrativa, levando à descrença no próprio sistema jurídico, resultando que a sociedade se sinta enganada, e os atores políticos tornem-se cínicos, como corolários do simbolismo legislativo⁸⁷.

Como dito anteriormente, é grave o rótulo de “legislação simbólica” para a legislação referente à tutela da probidade administrativa, pois significa que o legislador tão só procurou descarregar-se de pressões políticas ou meramente apresentar o Estado como sensível às expectativas sociais, sem, contudo, dotá-lo de meios efetivos para garanti-las.

Harald Kindermann chamaria o sistema de tutela da probidade, ou seja, tal conjunto normativo, de “legislação-álibi”⁸⁸, que importa em deixar a expectativa de combate à improbidade administrativa sem solução, ou pior, obstruir o caminho para que seja solucionada⁸⁹.

Contudo, no nosso ordenamento, dentro do multicitado plexo de normas anticorrupção⁹⁰, *de lege lata*, há instrumentos hábeis para a tutela efetiva da probidade administrativa.

A inefetividade dá-se, sobretudo, pelo tratamento assistemático das referidas normas, pela Administração e pelo Judiciário, que geram, como dito, decisões contraditórias com as proposições jurídicas anticorrupção, e, conseqüentemente, ações de improbidade administrativa com resultados iguais a zero.

O que se pretende é demarcar um sistema jurídico anticorrupção, uma vez denunciado o tratamento assistemático das normas que o compõem, e, com o tratamento sistêmico de tais normas, oferecer um meio específico para se alcançar

87 NEVES, ob. cit., p. 37.

88 *Apud in* NEVES, ob. cit., p. 34.

89 Segundo Marcelo Neves (*in* Constituição Simbólica, p. 39), a essa formulação do problema subjaz o entendimento instrumentalista dos efeitos das leis, a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade.

90 Constituição de 1988, Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50), Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos (DL 201/67), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (Lei 8.137/90), Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), Lei Geral de Improbidade Administrativa, Código Penal, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Código de Processo Civil e Penal, entre outros.

resultado prático esperado de uma tutela jurisdicional efetiva da probidade administrativa.

Desde a Grécia antiga já havia tentativas de ordenação interna da pluralidade de matérias, numa preocupação de simplicidade e clareza que se considera embrionária de uma concepção sistemático do direito.⁹¹

Eis o que se busca no plexo de normas anticorrupção: coerência e unidade, com fito de se obter simplicidade e clareza.

Se, com Immanuel Kant, na sua obra “Crítica da Razão Pura”, se encontra uma formulação mais elaborada de uma concepção geral entre a idéia de sistema e a teoria do conhecimento científico, é com Savigny e, sobretudo, Claus Wilhelm Canaris, na obra “*Pensamento sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito*”, que encontramos a idéia de sistema como paradigma da Ciência do Direito.

Um conjunto de impressões sobre um objeto de análise apenas se converte em ciência através de unidade sistemática, verificando-se que a “arquitetônica” surge como elemento metodológico que confere cientificidade a um simples conjunto de conhecimentos⁹², devido, segundo Kant, “à afinidade das partes e à sua derivação de um único fim supremo interno, que é o que primeiro torna possível o todo”.⁹³

Deste modo, as normas anticorrupção mencionadas, concebidas esparsamente, compõem, na verdade, um sistema jurídico, cujo(s) “único(s) fim(ns) supremo(s) interno”, que está previsto no art. 37, §4º, da Constituição⁹⁴, é, em face daquele que tenha cometido ato de improbidade, punir, afastá-lo da coisa pública e restaurar o *status quo ante*.

Portanto, é a norma constante do art. 37, §4º, da Constituição que “primeiro torna possível o todo”.⁹⁵

O sistema de tutela da probidade é parte integrante, contido, do Sistema Jurídico⁹⁶, que, com este e seus outros subsistemas, se toca, se troca e se

⁹¹ OTERO, ob. cit, p. 203.

⁹² FIGUEIREDO, Vinicius. *Kant & A Crítica da Razão Pura*. São paulo: Jorge Zahar, 2009, p.39

⁹³ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Ícone, 2009, p. 622.

⁹⁴ Não por acaso na Constituição, como será mais aprofundado posteriormente, mas de forma a garantir que as normas inferiores e contrárias sejam afastadas, no caso do Brasil, pelo regime controle de constitucionalidade.

⁹⁵ KANT, ob. cit., p. 622.

⁹⁶ Que, por seu turno, está contido no Sistema Cultural.

amalgama mutuamente, numa dinâmica inter sistemas muito bem explicada por Edgar Morin:

“(…) numa espantosa arquitetura de sistemas que se edificam uns sobre os outros, uns entre os outros, uns contra os outros, implicando-se e imbricando-se uns nos outros, com um grande jogo de aglomerados, plasmas, fluidos de microssistemas circulando, flutuando, envolvendo as arquiteturas de sistemas”.⁹⁷

É da análise dos elementos que compõem o subsistema de tutela da probidade que se conclui pela autonomia do subsistema como tal.

Um sistema, o mesmo aplica-se a subsistema, é uma totalidade organizada, feita de elementos solidários que só podem definir-se uns em relação aos outros em função do lugar que ocupam nesta totalidade.⁹⁸

É evidente a inter-relação, organização e totalidade que há ao se analisar as regras do art. 37, §4º, da Constituição; as regras do regime disciplinar dos servidores públicos da Lei nº 8.112/93; as regras materiais e processuais constantes da Lei de Improbidade; as regras concernentes aos Crimes contra a Administração do Código Penal; as regras sobre medidas cautelares dos Códigos de Processo Civil e Penal; as regras sobre crimes de responsabilidades de agentes políticos, *etc.*

Todas essas regras, além de outras inter-relacionadas, compõem o subsistema de tutela da probidade administrativa, que se organiza de modo inter-relacional a partir do momento em que essas regras são vistas e aplicadas como componentes de um todo (o sistema jurídico de tutela da probidade administrativa).⁹⁹

Com efeito, não há dúvidas acerca da autonomia do subsistema de tutela da probidade, ainda que o legislador não o tenha criado intencionalmente, sobretudo a partir da análise dos elementos inter-relacionados que compõem esse sistema.

Todavia, é preciso enfrentar a tormentosa questão de saber que tipo de subsistema seria.

Tal escolha tem sua importância visto que a opção escolhida pode não desenvolver devidamente a adequação interna e a unidade do subsistema. Ademais,

97 MORIN, Edgar. O Método. São Paulo: Publicações Europa-América, 2001, pág. 97.

98 MORIN, ob. cit., p. 101.

99 MORIN, ob. cit., p.104.

ainda vale advertir que uma vez feita a opção por um modelo de sistema, é preciso padecer das mutilações que uma escolha de modelo sistemático sempre carrega.¹⁰⁰

Uma alternativa seria tratar as emergências não com um único modelo de sistema, mas sim a partir de uma perspectiva sistêmica, utilizando todos os modelos e superando as críticas que todos sofrem, embora outras dificuldades possam aparecer.¹⁰¹

Canaris aponta como duas características que emergem em várias definições de sistema jurídico: adequação e unidade.¹⁰²

O art. 37, §4º, da Constituição, único fim supremo interno do sistema, nas palavras de Kant, atua como importante fator de adequação, e, sobretudo de unidade, ao se estabelecer que a interpretação das normas do sistema, por mais que possam, à primeira vista, serem conflitantes, deve sempre ensejar uma máxima eficiência e viabilidade aos conseqüentes constitucionais já bastante referidos.

Mas, dentre os vários tipos de sistema, que sistema seria este?

Dado o estilo¹⁰³ da norma fundante do sistema em tela, claramente do tipo para todo o caso de “P, vale C; S é um caso de P; para S vigora C”, é possível vislumbrar, dentro dos sistemas de puros conceitos fundamentais, um sistema do tipo lógico-formal.

Esse modelo de sistema traduz a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa das normas, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial.¹⁰⁴

Todavia, como adverte Canaris, e, talvez, revele o insucesso e a inefetividade da aplicação das normas anticorrupção, esta concepção da essência e dos objetivos da ciência do direito pode-se hoje considerar ultrapassada.¹⁰⁵

100 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pág. 39.

101 CANARIS, ob. cit., pág. 44.

¹⁰² CANARIS, ob. cit., p. 129

103 Nos referimos, e aprofundaremos essa opção do constituinte no capítulo seguinte, ao estilo impositivo, com antecedente ligado ao conseqüente pelo verbo impositivamente conjugado “importar”: § 4º - 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.

¹⁰⁴ CANARIS, ob. cit., p. 129

¹⁰⁵ CANARIS, ob. cit., p. 130.

Segundo Canaris, a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal está voltado ao insucesso, visto que a unidade interna de sentido do direito, que opera para erguê-lo em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de tipo lógico, mas sim do tipo axiológico.¹⁰⁶

Os valores e a integração do sentido e alcance do Princípio da Moralidade Administrativa estão fora do âmbito da lógica formal e, por conseqüência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas axiologicamente.¹⁰⁷

Portanto, a despeito de virtudes da percepção lógico-formal de um sistema, este não pode ser o único método de aplicação das normas do sistema em foco.

Ademais, alerta o autor, que um sistema, devendo exprimir a unidade aglutinadora das normas singulares não pode, pelo que lhe toca, consistir, apenas, em normas; antes deve apoiar-se nos valores que existam por detrás delas ou que nelas estejam compreendidos.

Na verdade, isoladamente, este e outros modelos de sistemas são impróprios para traduzir a unidade interior e a adequação de uma ordem jurídica, pois são sistemas de puros conceitos fundamentais¹⁰⁸.

É necessário observar o conjunto de normas não orientado por um dos sistemas de puros conceitos fundamentais, mas sim por meio uma abordagem sistêmica, de onde se extraia as vantagens de cada método, e se evite as desvantagens, para aplicação das suas normas.

O tipo de sistema ao qual pertence o subsistema de tutela da probidade é uma importância menor. O importante é conceber as normas como um Sistema, e interpretá-las com unidade e coerência, à luz do disposto no art. 37, §4º, da Constituição.

Portanto, independentemente do modelo de sistema, conforme as lições de Canaris, o que mais importa é delimitar o sistema e buscar sua adequação valorativa, que, segundo Otero, é dotado de uma específica orientação teleológica¹⁰⁹

No caso do sistema de tutela da probidade, a orientação teleológica, como visto, é preservar tal princípio aplicando àquele que o afrontou os conseqüentes do art. 37, § 4º, da Constituição.

¹⁰⁶ CANARIS, ob.cit., p. 130.

¹⁰⁷ CANARIS, ob.cit., p. 131.

¹⁰⁸ CANARIS, ob.cit., p. 27.

¹⁰⁹ OTERO, ob.cit., p. 208.

O sistema de tutela da probidade, como todo sistema jurídico, exigirá sempre, enquanto emanção do princípio da igualdade que visa garantir a ausência de situações geradoras de contradição no interior da ordem jurídica, uma regra de coerência interna entre todos seus elementos permitindo a identificabilidade de uma norma como pertencente, ou não, ao sistema em foco.¹¹⁰

Verificando-se esta última hipótese, o próprio sistema deve possuir mecanismos de exclusão das normas atentatórias da coerência do sistema.¹¹¹

Portanto, não por acaso a norma fundante do sistema em foco, que dá sua unidade interna, tem *status* constitucional.

Toda norma que vier ferir a unidade do sistema de tutela da probidade fere, por via de consequência, a norma constitucional constante do art. 37, §4º. Logo, será inconstitucional, submetendo-se às regras do controle de constitucionalidade, podendo, inclusive, ter sua eficácia suspensa liminarmente.

Vale um exemplo.

A Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, incluiu, no art. 17 da Lei de Improbidade¹¹², um complexo regime de recebimento da petição inicial da ação de improbidade, tornando o procedimento mais lento e custoso.

Se a vontade constitucional deseja que os consequentes do ato de improbidade sejam aplicados de forma célere e efetiva, tal alteração, que impede a celeridade e a efetividade do processo, certamente não se coaduna com a unidade interna e coerência do sistema, em outras palavras, fere a própria norma do art. 37, §4º, da Constituição, sendo, com efeito, inconstitucional.

Concluindo, é preciso tomar como um sistema as normas anticorrupção, de forma a dar unidade na interpretação das normas constantes, e excluir aquelas que ofendem a adequação interna e coerência do sistema, de modo a contribuir, com grande força, para a efetividade do principal meio de tutela da probidade: a ação de improbidade administrativa.

¹¹⁰ OTERO, ob. cit, p. 208.

¹¹¹ OTERO, ob. cit, p. 208.

¹¹² § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

3.1.2. Fixação de cânone hermenêutico para interpretação das normas afetas à tutela jurisdicional da probidade

A má gestão pública reinante em nosso país não se associa apenas, nem preponderantemente, às lacunas teóricas e dogmáticas do tratamento da improbidade administrativa, mas também dela não se dissocia.¹¹³ Daí, como visto, a importância de se sistematizar as normas de objeto comum acerca da probidade administrativa.

O sistema é composto por várias espécies normativas, de períodos históricos e calcadas em Constituições diferentes, o que contribui, consideravelmente, para a dificuldade de considerar essa multiplicidade de normas de objeto aproximado um autêntico sistema normativo.

A Constituição cuida da probidade em quatro passagens diferentes, duas delas no capítulo sobre Direitos Políticos, uma no capítulo referente à Administração Pública e outra no capítulo do Poder Executivo.

A norma fundante do sistema, naturalmente de índole constitucional, que serve de cânone hermenêutico para a interpretação das demais normas componentes do sistema é, como dito, é o art. 37, §4º, da Constituição:

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.

Eis as outras passagens, que revelam, claramente, a preocupação do constituinte com o tema:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

¹¹³ MEDINA, ob. cit., p. 24.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
V - a probidade na administração;”

O artigo 37, §4º, da Constituição, ao dizer que o “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, (...), na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, apresenta uma proposição eminentemente impositiva, com um claro antecedente, “os atos de improbidade administrativa”, ligado pelo verbo “importarão”, ao seu conseqüente: “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”.

O que se pretende é analisar a referida proposição, e demonstrar que sua feição impositiva não é por acaso, e não pode ser desconsiderada, fundando um autêntico sistema normativo, com profundo significado para o meio pelo qual se persegue os conseqüentes constitucionais do §4º do art. 37: a Ação de Improbidade Administrativa.

Como visto, o que se verifica, na prática, é um conjunto de proposições que versam sobre a tutela da probidade administrativa, mas que não são consideradas numa perspectiva totalizante, como um (sub)sistema normativo, levando a Administração e os Tribunais a interpretações conflitantes na aplicação das mesmas, ensejando ações de improbidade com resultados práticos insignificantes, longe dos referidos conseqüentes constitucionais do §4º do art. 37: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

O texto constitucional está expresso de forma que o ato de improbidade é o “termo sujeito”, ao passo que os conseqüentes são os “termo predicado”, com fito de emprestar máxima eficácia, e expressar mais claramente possível, o desejo de se punir, afastar da coisa pública e restaurar a situação anterior em face do responsável pelo ato ímprobo.

Não é possível, por óbvio, emprestar uma eficácia ao preceito constitucional a ponto de matematizá-lo, o que seria o mesmo que sustentar a idéia que “Todo ato de improbidade importa em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”, como produto de uma lógica meramente apofântica.

A despeito da utilização pelo constituinte da expressão “importará”, é sabido que não se trata de uma simples relação de causalidade, do tipo “dado A, é B”, mas sim pela composição verbal “dever ser”. Com efeito, não haverá, em verdade, causalidade, mas sim imputação, ou seja, dada a improbidade, deverá importar em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Reconhece-se, naturalmente, que se trata de uma construção deontológica.

O art. 37, §4º, da Constituição, portanto, é o cânone hermenêutico de todas as normas anticorrupção, sendo conforme e por meio dela que todas devem ser interpretadas e aplicadas, de modo a dar máxima eficácia à realização dos consequentes, como se interpreta do referido cânone.

Assim, não se deve desprezar o modo como o constituinte expressou sua intenção de punir o ato de improbidade, quase como produto de uma lógica apofântica, natural.

A opção do constituinte em abandonar o conectivo deôntico do “dever ser”, e adotar o imperativo “importarão” implica num esforço, para o aplicador, de interpretar as normas infraconstitucionais do sistema de acordo com o imperativo, ou seja, de modo a emprestar máxima eficácia às normas de tutela da probidade, e atingir os consequentes do art. 37, 4º, da Constituição, pelos quais a probidade é tutelada e restaurada.

Vale a ilustração de como se ignora a vontade constituinte impressa no art. 37º, §4º.

A Primeira Turma do STJ entendeu que “a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”¹¹⁴. Com efeito, o tribunal, ao interpretar o fato, onde reconhece que houve ofensa a princípio da administração e má-gestão de dinheiro público, mas não pune pela boa-fé do gestor, produz a norma do caso concreto conforme uma proposição categórica do tipo particular negativa, onde **alguns** atos de improbidade **não** importam em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Logo, no momento em que os tribunais desconsideram como improbidade intoleráveis ineficiências dos agentes públicos, produzem, no caso

¹¹⁴ STJ, 1ª T., Resp. n. 213.994, rel. Min Garcia Vieira, j. em 17/8/1999, DJ de 27/9/1999.

concreto, a norma “alguns atos de improbidade não importam em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”, ao passo que a Constituição exige, expressamente, que “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”.

Eis, portanto, a disparidade entre a norma em abstrato exigível e a norma no caso concreto, diuturnamente, produzida.

Há, no exemplo apresentado, uma relação de contrariedade entre a norma abstrata e a norma concreta, pois, por óbvio, deve haver coincidência entre a norma abstrata e a norma no caso concreto.

Explicamos a seguir, com mais vagar, a contradição apontada.

No caso, a norma abstrata é, como dito, do tipo universal, e, a concreta, do tipo particular, logo de qualidades diferentes. Se uma proposição categórica é verdadeira (válida), a sua contraditória será falsa (inválida), e vice-versa.¹¹⁵

Haverá contraditoriedade se a veracidade de uma proposição implica a falsidade da outra, e se a sua falsidade implica a veracidade da outra. A universal afirmativa é contraditória à particular negativa (se “todo ato de improbidade importará nas penas previstas constitucionalmente” for verdadeiro, então “algum ato de improbidade não importará nas penas previstas constitucionalmente” será falso, e vice-versa).

Para melhor compreensão, vejamos o caso concreto¹¹⁶ julgado na referida decisão, para aplicação da operação lógica realizada.

Segundo o caso concreto, determinado prefeito contratou servidores sem fazer concurso público, como exigido constitucionalmente. Como não houve prejuízo ao erário, nem enriquecimento ilícito, não se considerou ato de improbidade.

Esquemáticamente, temos o seguinte:

A norma do tipo universal afirmativa é assim representada: O(p), no caso, O(fazer concurso para contratar servidor), onde se lê “é obrigatório fazer concurso para contratar servidor”; ao passo que a norma do tipo particular negativa é assim

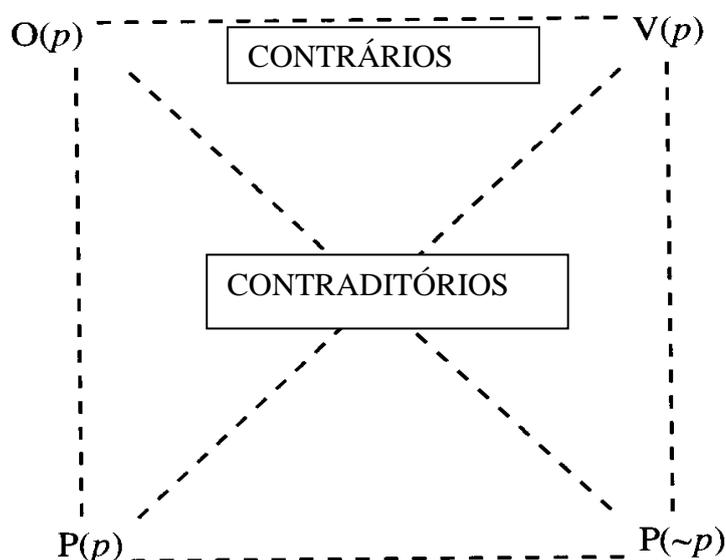
¹¹⁵ COELHO, op. cit., p. 71.

¹¹⁶ STJ, 1ª T., Resp. n. 213.994, rel. Min Garcia Vieira, j. em 17/8/1999, DJ de 27/9/1999.

representada: $P(\sim p)$, no caso, $P(\sim \text{fazer concurso para contratar servidor})$, onde se lê “é permitido não fazer concurso para contratar servidor”.

A norma abstrata é $O(\text{fazer concurso para contratar servidor})$, que deve ser repetida na análise do caso concreto. Todavia, em concreto, o Tribunal não condena aquele que está obrigado a fazer concurso público para contratação de servidor, que equivale, no caso concreto, à norma: $P(\sim \text{fazer concurso para contratar servidor})$.

Todavia, como dito, a relação entre $O(p)$ e $P(\sim p)$ é de contradição, visto que, se uma é válida, a outra, por óbvio, é inválida, como bem explicita o quadro abaixo, que relaciona as proposições categóricas “Obrigado” $O(p)$, “Proibido” $V(p)$ e “Permitido” $P(p)$ e $P(\sim p)$, e as relações entre elas.



Vale a análise de outro caso prático para sedimentar a idéia.

Determinado gestor aplicou recursos federais do Programa Bolsa Família em programas assistenciais do próprio município. A tutela da probidade foi indeferida tendo em vista que o julgador considerou que não houve desvio de finalidade, visto que os recursos públicos foram aplicados em finalidades públicas.

Vejamos o desencontro entre a norma abstrata, contida no sistema de tutela da probidade, e a norma concreta, contida na sentença em tela¹¹⁷.

A norma em abstrato determina que os recursos devem ser aplicados para as destinações da Lei 10.836/2004, que trata do Programa Bolsa Família (PBF), ou

¹¹⁷ Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 2008.83.02.001293-6, 16ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de Pernambuco.

melhor, “é obrigatório aplicar os recursos do PBF conforme o art. 1º da Lei 10.836/2004.”

A norma abstrata é O(aplicar os recursos do PBF conforme o art. 1º da Lei 10.836/2004), que deve ser repetida na análise do caso concreto. Em concreto, decide-se que a conduta do gestor municipal é lícita, que equivale, no caso concreto, à norma: “é permitido não aplicar os recursos do PBF conforme a Lei 10.836/2004”, ou seja P(~ aplicar os recursos do PBF conforme a Lei 10.836/2004).

Todavia, naturalmente, a relação entre é “obrigatório fazer” e “é permitido não fazer”, como dito, é de franca contradição, pois, se uma é válida, a outra, por óbvio, é inválida.

O ordenamento contém regras que vinculam as condutas dos indivíduos, sobretudo, por força do Princípio da Legalidade, o gestor público. Na medida em que as normas regulam a conduta dos administrados e gestores, representam, ao mesmo tempo, normas de decisão; e aqueles, como bem aponta Karl Larenz, a quem cabe a resolução jurídica de conflitos devem julgar em conformidade com elas.¹¹⁸

A proposição jurídica associa à situação de fato uma previsão normativa, uma consequência jurídica. O sentido desta associação é que, sempre que se verifique a situação de fato indicada na previsão normativa, apareça a consequência jurídica, ou seja, vale para o caso concreto.¹¹⁹

Nessa senda, as normas jurídicas são tanto normas de conduta para administrados e administradores, como normas de decisão para Administração e os Tribunais¹²⁰, não podendo descuidarem da norma máter quando estiverem aplicando normas do sistema de tutela da probidade.

Por fim, é preciso esclarecer e diferenciar duas situações que podem ser confundidas.

Uma coisa é, dada a grande desproporção entre a conduta do ímprobo e consequentes comináveis, exagerados para o caso concreto, aplicar, à luz dos postulados da proporcionalidade, tão somente algum ou alguns dos consequentes possíveis. Tal situação foi defendida anteriormente, e em nada fere a unidade do sistema.

Outra situação, retratada nos exemplos acima, é, dada a grande desproporção entre a conduta do ímprobo e os consequentes comináveis, exagerados

¹¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997, p. 351.

¹¹⁹ LARENZ, op. cit., p. 351.

¹²⁰ LARENZ, op. cit., p. 351.

para o caso concreto, deixar de reconhecer/declarar a existência de ato de improbidade administrativa, para, conseqüentemente, deixar de aplicar os conseqüentes, que seriam exagerados, desproporcionais.

Não é possível tal solução, pois, como visto, haveria contradição entre a norma em concreto, contida na sentença (que permitiria o que a norma abstrata veda), e a norma em abstrato, constante na norma do sistema de tutela da probidade.

3.2. Meios Processuais

Doravante, uma vez fixada como se interpretar as normas constantes do sistema, analisaremos as normas que prevêm técnicas processuais e outros mecanismos garantidores de resultados da Ação de Improbidade.

Tais técnicas e mecanismos podem ser manejados ao longo da Ação de Improbidade, ou mesmo previamente, mas, em todo caso, com finalidade comum de se tutelar a probidade administrativa, alcançando-se, verdadeiramente, os conseqüentes do art. 37, §4º, da Constituição

Iniciaremos com instrumentos manejáveis previamente à Ação de Improbidade, que, senão preventivamente evitam atos de improbidade, serão de grande utilidade para a tutela judicial da mesma, via Ação de Improbidade.

Posteriormente, analisaremos as medidas cautelares típicas da Ação de Improbidade, e outras técnicas processuais, a exemplo da antecipação de tutela.

3.2.1 Fase Preparatória

a. Monitoramento de evolução patrimonial

Uma ação de improbidade, para gerar resultados efetivos, precisa ser escorada em suporte probatório proporcional aos resultados que deseja alcançar. Assim, a prova em sede de ação de improbidade tem papel fundamental para o alcance de sua efetividade, e o monitoramento da evolução patrimonial de servidores público tem destaque nesse sentido.

A disparidade entre a conduta corrupta do agente público e a conduta natural, exigida, do agente público implica, normalmente, numa evolução patrimonial assimétrica, de modo a ter mais (fruto da conduta ímproba) do que se teria a partir da

contraprestação de seu trabalho (fruto da conduta exigida) e de outras fontes de renda lícitas.

Em outras palavras, uma progressão patrimonial proporcional com a remuneração do agente, bem como com outras fontes de receita lícitas¹²¹, apresenta-se como indício claro de conduta natural, exigida pelo agente pública, observada a ética administrativa.¹²²

Logo, o acompanhamento da evolução patrimonial revela-se como útil instrumento de acompanhamento da própria conduta do agente, seja no Brasil, como veremos alhures, seja em outros países¹²³, e, conseqüentemente, meio hábil para, antecipada e efetivamente, tolher-se condutas que impliquem em atos de improbidade.

Ainda que o monitoramento da evolução patrimonial não previna, ainda assim é meio útil para a repressão dos atos de improbidade com a aplicação dos conseqüentes constitucionais do art. 37, §4º.

Ressalte-se que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção, que, pelo seu Artigo III, que trata de medidas preventivas contra a corrupção, recomenda aos países membros a criação de sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações.

Dois são os mecanismos hábeis para controle de evolução patrimonial, a apresentação de declaração de atividades, ou seja, todas as atividades que o agente desempenhou e que desempenha, privativa e paralelamente, ao exercício da função pública, e a declaração de bens, que deve constar todo o patrimônio do agente antes, durante, e após o exercício da função pública, ainda que transitória.¹²⁴

Segundo o modelo brasileiro de controle de evolução patrimonial, é obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou

¹²¹ Sucessão *causa mortis*, regime matrimonial, frutos e rendimentos de patrimônio acumulado, especulação em mercado financeiro, etc.

¹²² GARCIA e ALVES, ob.cit., p. 119.

¹²³ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*in* “Improbidade Administrativa”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 118) fazem interessante apanhado dos modelos de acompanhamento de evolução patrimonial em vários países, Espanha, Portugal, Argentina, Colômbia, Costa Rica, México, Uruguai, Venezuela e Turquia. Da análise dos autores, verifica-se que se mantém um padrão no qual se exige a situação dos bens do agente antes da entrada no serviço público, periodicamente ao longo da prestação do serviço público, e ao seu final. Vale destacar a severidade do modelo turco, no qual a desobediência aos prazos de apresentação de declaração de bens levam, diretamente, à pena de prisão.

¹²⁴ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 119.

função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte dos agentes públicos de qualquer esfera.

De forma assistemática, convivem duas exigências de apresentação de declaração de bens por parte dos agentes públicos, uma constante do art. 13 da Lei de Improbidade, direcionada aos órgãos de controle interno das administrações de todos os entes federativos, e outra da Lei nº 8.730/93, direcionada especificamente ao Tribunal de Contas da União.

A regra inserta na Lei nº 8.730/93, como autêntica lei federal, alcança, com normas especiais que afastam a incidência do art. 13 da Lei de Improbidade (e seu regulamento), especificamente, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional, os membros da Magistratura Federal, os membros do Ministério Público da União e todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.

Com efeito, ao Tribunal de Contas da União¹²⁵, no exercício constitucional do controle externo, por força da Lei nº 8.730/93, cumprirá manter registro próprio dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas; exercer o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas; adotar as providências inerentes às suas atribuições e, se for o caso, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; publicar, periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração; prestar a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional ou às respectivas Comissões, informações solicitadas por escrito; fornecer certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

Tais regras convivem com a exigência constante do art. 13 da Lei de Improbidade, insertas no sistema previamente, e com a mesma finalidade, embora, como dito, endereçadas aos órgãos de controle interno.

No âmbito federal, o sistema é regulamentado pelo Decreto nº 5.483/2005, segundo o qual a Controladoria-Geral da União poderá analisar, sempre que julgar necessário, a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a

¹²⁵ A respeito, também por força da norma em comento (art. 1º, §1º), os respectivos órgãos também manterão em seus registros as declarações apresentadas pelos seus titulares e servidores.

compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio.

Além de complementares, de comum, tais sistemas colocam a apresentação da declaração como condição de eficácia da posse ou início de exercício da função pública, exigem a apresentação periódica, anual, dos bens ao longo do exercício da função pública, bem como ao seu final, com rigorosas punições para o atraso na entrega, entrega equivocada ou mera não apresentação.

Tal exigência, como dito, permite a individualização do patrimônio do agente antes do ingresso no serviço público, permitindo, claramente identificar uma evolução não condizente com sua remuneração segundo a função exercida (considerando atividades paralelas lícitas), servindo de suporte probatório fundamental para futuras ações de improbidade.

Além dessa importante função, o mecanismo em tela, por ambos os sistemas, ainda permite uma forma eficaz de resguardo dos agentes probos contra as acusações falaciosas acerca da evolução patrimonial que venham a ser formuladas em face dos mesmos.¹²⁶

Todavia, a despeito dos referidos mecanismos previstos no sistema de tutela da probidade, a indevida evolução patrimonial pode ser dissimulada por artifícios comumente reunidos sobre a expressão “lavagem de dinheiro”.

Lavagem de dinheiro, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.613/1998, é uma expressão que reúne as práticas econômico-financeiras que têm por finalidade dissimular ou esconder a origem ilícita de determinados ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma a que tais ativos aparentem uma origem lícita ou a que, pelo menos, a origem ilícita seja difícil de demonstrar ou provar.¹²⁷

Vale um exemplo de Garcia e Alves que bem ilustra o mecanismo de fuga do sistema de controle de evolução patrimonial: servidor possui um bem que vale 10, todavia, declara-o pelo montante de 100. Ao assumir o cargo desvia 90 do erário, e adquire bem com valor de 100 (com 90 com o produto da corrupção mais os 10 que já possuía). No fim, ao atualizar sua declaração informa que somente trocará o bem , mantendo o valor de 100.

¹²⁶ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 120.

¹²⁷ MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de Dinheiro - Análise Crítica das Leis 9.613, de 03 de Março de 1998 e 10.701 de 09 de Julho de 2008*. São Paulo: Juruá, 2008, p. 59.

Nessa senda, percebendo-se que meramente acompanhar evolução patrimonial não era suficiente, o sistema de tutela da probidade foi aprimorado, com a inserção de mais um agente, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícitas relacionada à lavagem de dinheiro, inclusive quando a origem ilícito advém de desvio de recursos públicos.¹²⁸

Portanto, por meio das técnicas e instrumentos da Lei nº 9.613/98, a exemplo da identificação de sinais exteriores de riqueza não declarada, que escapam da presente quadra, é possível, levantar a dissimulação perpetrada pela lavagem de dinheiro, e observar a evolução desproporcional, de causas ilícitas, do patrimônio do agente público.

E uma vez observada tal circunstância, seja pela clara percepção da evolução desproporcional, ou pela desconstituição da dissimulação, o fato remete ao tipo do art. 9º, VII¹²⁹, da Lei de Improbidade, que merece algumas considerações.

Segundo o VII do art. 9º da Lei de Improbidade, “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”, já seria ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito.

A redação do dispositivo acima transcrito, aliado aos intensos debates parlamentares e sucessivos substitutivos entre comissões da Câmara dos Deputados, Senado e própria Câmara¹³⁰, ao tempo do processo legislativo que culminou na assunção da Lei nº 8.429/92 ao ordenamento, suscitaram uma grande discussão acerca

¹²⁸ Segundo a exposição de motivos da Lei nº 9.613/98, “além da improbidade administrativa, como gênero de uma vasta gama de ilicitudes praticadas pelo servidor, a ocultação ou a dissimulação do proveito auferido com o delito contra a Administração Pública (Cód. Penal, arts. 312 e segs.; Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) devem ser reprovadas como espécie de uma delinquência astuciosa, ainda que o infrator seja estranho aos quadros administrativos. Assim, o tráfico de influência, a corrupção ativa, o contrabando e o descaminho, por exemplo, podem e devem ser reconhecidos como crimes antecedentes, para a caracterização do money laundering”.

¹²⁹ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;”

¹³⁰ ABRITTA, Rafaelo. *A aplicação do Artigo 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992, no Processo Administrativo Disciplinar*. Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, Ano II n.23, nov., 2007, p. 95.

da existência de uma presunção, ainda que relativa, de que a assimetria na evolução patrimonial do agente público teria origem ilícita, cabendo ao réu da ação de improbidade provar sua origem lícita, ou seja, com autêntica inversão do ônus da prova.¹³¹

Todavia, tal discussão é superficial, visto que o sistema processual civil confere a solução com coerência e harmônico contato com sistema de tutela da probidade, inexistindo, na hipótese, inversão do ônus da prova, embora se mantenha a obrigação do réu de comprovar a origem lícita dos bens.

Portanto, a melhor aplicação do art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa encontra guarida na clássica teoria estática do ônus da prova, do sistema processual.

É necessário uma breve digressão sobre o tema do ônus da prova.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.” Assim, no sistema processual pátrio, ao ônus de afirmar fatos segue outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras.¹³²

Com efeito, o fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim como o fato alegado, e não demonstrado, equivale a fato inexistente (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*). Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autêntico ônus, ou imperativo do próprio interesse.¹³³

O Código de Processo Civil fixa o ônus da prova, genericamente, no art. 333, de modo que caberá sempre ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Ao réu imputar-se-á o ônus quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Na ação de improbidade que se fala, a pretensão do autor, de aplicar as penas do art. 12, I, da Lei de Improbidade, tem como fato constitutivo, segundo a dicção

¹³¹ Em favor da existência da inversão do ônus da prova: Hely Lopes Meireles (*in* direito Administrativo Brasileiro, p. 424), Wallace Paiva Martins Jr. (*in* Probidade Administrativa, p. 197), José Jairo Gomes (*in* “Apontamentos sobre Improbidade Administrativa”, em Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/92, p. 268). Contra: George Sarmento (*in* Improbidade Administrativa, p. 79), Marino Pazzaglini Filho (*in* Lei de Improbidade Administrativa Comentada, p. 67) e Waldo Fazzio Jr. (*in* Improbidade Administrativa e crimes de prefeito, p. 90).

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 174.

¹³³ DINAMARCO, op. cit., p. 174.

do inciso VII do art. 9º, a conduta do réu em adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

Eis, portanto, o fato constitutivo do direito do autor, objeto de sua prova: comprovar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente.

Ao réu cumpre, pela sistemática processual vigente anteriormente abordada, a prova de fato impeditivo do direito ao autor, qual seja, a origem lícita dos bens. Prova esta, vale asseverar, de fácil produção, por força das obrigações constantes dos sistemas de controle de evolução patrimonial anteriormente tratados, que exigem dos agentes públicos a manutenção, constante, da informação da sua evolução patrimonial.

Portanto, não há que se falar em inversão do ônus da prova. Pela distribuição vigente no CPC, ao autor da ação de improbidade caberá o ônus de provar o descompasso entre os rendimentos do réu e a sua evolução patrimonial (fato constitutivo do seu direito), ao passo que ao réu cumpre comprovar a origem lícita desse patrimônio (fato impeditivo do direito do autor).¹³⁴

Qualquer outra interpretação, sobretudo a que sustente a necessidade de o autor ter que comprovar nexos de causalidade entre origem ilícita de patrimônio e evolução patrimonial desproporcional, ofenderia o cânone hermenêutico fundante do sistema de tutela da probidade, de modo a impossibilitar a consecução dos conseqüentes constitucionais do art. 37, §4º, da Constituição.

Por fim, é preciso fixar que os órgãos detentores das informações e das atribuições de controle de evolução patrimonial dos agentes públicos (órgãos de lotação dos próprios servidores, TCU e COAF) precisam ser extremamente céleres na identificação de evolução ilegítima, com o imediato repasse da constatação aos órgãos competentes para as medidas repressivas, para que possam manejar medidas cautelares que garantam a efetividade das referidas medidas repressivas.

Portanto, o monitoramento de evolução patrimonial revela-se um útil e eficaz instrumento para a tutela da probidade, ao alertar, com rapidez, sinais claros de atos de improbidade, dentre os mais graves, que são aqueles que proporcionam enriquecimento ilícito ao ímprobo.

¹³⁴ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 328.

b. Procedimentos Administrativos Prévios e Ações Cautelares Preparatórias

É possível, seja no âmbito do Ministério público, a título de inquérito civil, seja no âmbito dos próprios entes desfalcados por atos de improbidade (União, Estados, Municípios...), o trâmite de procedimentos administrativos com fito de averiguar a ocorrência e a autoria de atos de improbidade administrativa.

Os arts. 14 e 15 da Lei de Improbidade cuidam do procedimento administrativo a ser instaurado em caso de prática de ato de improbidade administrativa, seja de ofício, seja a partir de representação de qualquer pessoa, que pode oferecer representação à autoridade administrativa competente para que instaure investigação para apurar a prática de ato de improbidade administrativa, conforme reza o art. 14, caput, da Lei de Improbidade.¹³⁵

Com acerto, defende Gina Coppola que o direito de representação contido no art. 14 da Lei de Improbidade é corolário do art. 5º, XXXIV, alínea "a", da Constituição Federal, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição, devendo ser oferecida à autoridade administrativa competente, sendo aquela que pode instaurar procedimento administrativo contra o agente público.

A lei não exige que o representante prove o ato de improbidade administrativa, requer apenas que ele informe o fato, sua autoria, e indique as provas que tenha conhecimento.

Se o interessado não tiver conhecimento de provas, mas os fatos forem graves e a representação apresentar um mínimo de verossimilhança, será obrigatória a instauração de apuração, cujo caráter é unilateral, inquisitorial, de busca de elementos ou indícios de autoria e materialidade, e por isso não sujeita ao contraditório ou a ampla defesa, eis que exigíveis apenas quando o procedimento, por si só, possa redundar na imposição de alguma penalidade ao agente, como na hipótese de procedimento administrativo disciplinar previsto nos arts. 143 e seguintes do Estatuto dos Servidores.¹³⁶

Nesse sentido, decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça¹³⁷:

¹³⁵ COPPOLA, Gina. *Do procedimento administrativo para apurar ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, arts. 14 e 15)*. Revista Zênite de Direito Administrativo, Ed. 99, out/2009

¹³⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Alguns meios de investigação da improbidade administrativa Publicado*. São Paulo: RT, REPRO, vol. 724, p.324.

¹³⁷ STJ, Agravo Regimental na Petição nº 1.895/PR (2002/0106214-3), Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 16.06.2003, DJ de 15.09.2003, p. 225

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL.

1. Somente está autorizado a desencadear investigação administrativa na esfera judicial, com vista à configuração de ato de improbidade, aquele que está legitimado para a ação específica, conforme previsto no artigo 14 da Lei 8.429/1992.
2. As providências administrativas e investigatórias devem ser pleiteadas junto a autoridade competente, dentre as quais se inclui o Ministério Público.
3. Agravo Regimental improvido.

A esfera administrativa não depende das demais esferas de responsabilidade civil, penal e política¹³⁸, logo a condenação imposta na messe administrativa não depende de condenação nas outras searas, conforme decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça¹³⁹:

ADMINISTRATIVO – POLICIAIS FEDERAIS – PECULATO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AÇÃO PENAL E PROCESSO DISCIPLINAR – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS DEMISSÃO – MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.
2. Segurança denegada.

Todavia, é preciso firmar a seguinte distinção: os conseqüentes da Lei de Improbidade só são alcançáveis mediante Ação de Improbidade, a despeito de ser possível, no caso de servidores públicos sujeitos ao Estatuto dos Servidores, mediante procedimento administrativo disciplinar, a aplicação da pena de demissão.

Idem quanto aos militares, e aos políticos, por crime de responsabilidade, a partir de perseguições próprias, que não se confundem, nem excluem, a Ação de Improbidade.

Em suma, o conseqüente da “perda da função pública” não se confunde, nem é excluído, pelas penas aplicáveis de demissão ou similares, previstos em outros regimes aplicáveis aos agentes públicos em geral.

¹³⁸ Diferentemente do entendimento do STF esposado na Rcl. 2.138/DF, no que tange à responsabilidade política administrativa, e que será objetivo de capítulo próprio.

¹³⁹ STJ, Mandado de Segurança nº 7138/DF (2000/0084722-4), Rel. Min. Edson Vidigal, Terceira Seção, julgado em 28.02.2001, DJ de 19.03.2001, p. 74

Assim, mesmo em caso de improbidade administrativa, o procedimento administrativo disciplinar pode ter seu curso para a aplicação das penas possíveis, inclusive demissão, independentemente se as demais autoridades legítimas, uma vez informadas irão, ou não, propor a Ação de Improbidade, cujo pedido de perda da função pública, por óbvio, restará carente de interesse processual.

Vale ressaltar que este não é o entendimento do STF¹⁴⁰, segundo o qual:

quanto à penalidade imposta com base na Lei 8.492/92, entendeu-se que, verificada a prática de atos de improbidade administrativa, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação e não a demissão, haja vista que a aplicação das penalidades previstas nessa Lei não incumbe à Administração por ser privativa do Poder Judiciário.

Ademais, ainda tratando dos procedimentos administrativos verificadores de casos de improbidade, entende Gina Coppola que “as representações anônimas ou apócrifas devem ser, obrigatoriamente, e por força de lei, simplesmente rejeitadas pela autoridade administrativa e também pelo e. Ministério Público.”

Todavia, tal entendimento não pode prosperar. A própria Convenção da ONU Contra a Corrupção, como dito, internalizada no ordenamento pátrio, sem reservas, admite a apresentação e conhecimento de representação anônima, conforme preceitua o art. 13, item 2:

2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de

O procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade administrativa deve ser informado ao Ministério Público e também ao Tribunal ou Conselho de Contas, que poderão designar representantes para acompanhar todo o procedimento administrativo instaurado, conforme art. 15 da Lei de Improbidade.

Assim, a lei oferece meios próprios para verificação da improbidade administrativa previamente à Ação de Improbidade, não deixando toda a verificação

¹⁴⁰ RMS 24699/DF - Rel. Min. Eros Grau, julgado em 30.11.2004

para a instrução processual, e o sistema ainda completa com outros meios, para que os colegitimados do art. 17 da Lei de Improbidade promovam a Ação visando a aplicação dos consequentes constitucionais.¹⁴¹

Portanto, o Ministério Público pode promover o inquérito civil com o uso dos poderes requisitórios correspondentes para apuração de ato de improbidade administrativa.

No âmbito federal, com mesmo desiderato, a Advocacia-Geral da União pode instaurar o Procedimento Prévio de Coleta de Informações, regulado pela Portaria PGU nº 03/2009, e, com base no seu poder requisitório previsto na Lei Nº 9.028/1995, reunir todos os elementos necessários para a verificação da ocorrência de ato de improbidade.

Assim, no bojo dos procedimentos em tela, é possível a requisição de certidões, informações, documentos, perícias, auditorias, exames, auditorias específicas a instituições como o Banco Central, Tribunal de Contas, Controladorias, requisitar laudos ao Instituto de Criminalística, documentos e certidões aos Cartórios de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos, a Receita Federal, a Mesa de Rendas, Capitania de Portos, Departamentos de Trânsito, Juntas Comerciais etc.; enfim, acesso direto a todas as informações patrimoniais, negociais, tributárias, relativas as pessoas investigadas sob suspeita de prática de ato de improbidade administrativa, tendo amplos poderes de investigação.¹⁴²

Ressalte-se que tais procedimentos não são pressupostos processuais da Ação de Improbidade, que, como dito pode ser intentada independentemente da instauração ou conclusão de tais procedimentos, desde que o autor já detenha um mínimo de elementos que apontem a materialidade da improbidade e a sua autoria.

Superado o intróito, que firmou a importância dos procedimentos prévios para a posterior tutela jurisdicional da probidade, passemos para a análise do manejo de medidas cautelares a partir dos referidos procedimentos, com fito de resguardar a efetividade da futura Ação de Improbidade.

Assim, é possível, ao longo do procedimento administrativo, que sobrevenham riscos que impeçam que o procedimento administrativo atinja sua

¹⁴¹ MARTINS JÚNIOR, ob. cit., p. 334.

¹⁴² MARTINS JÚNIOR, ob. cit., p. 334.

finalidade, conseqüentemente, atingindo a efetividade da própria e futura Ação de Improbidade.

Nesse aspecto surge a importância de se verificar o manejo de medidas judiciais cautelares, ao longo de procedimento administrativo, para que se garanta a utilidade do procedimento administrativo, e, conseqüentemente, a efetividade da futura Ação de Improbidade

Diferentemente das tutelas cognitivas e executivas, as quais têm como escopo a satisfação dos interesses postos em juízo, as ações cautelares têm o fito de resguardar o resultado prático de outro processo.

Humberto Theodoro Júnior bem explicita a função das medidas cautelares no processo, nos seguintes termos:

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.

Parece lógico que, ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação.

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução "justa" da lide.

Assim, conhecer e executar deveriam exaurir toda a missão atribuída ao processo, todavia, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, incluindo a tutela da probidade, é natural que o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente.¹⁴³

De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.

Em sede de tutela jurisdicional da probidade, resultado prático da ação de probidade pode ser resguardado a partir de medidas cautelares anteriores, mediante ação própria, garantindo-se, sobretudo, a própria investigação na seara administrativa

¹⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual, vol. 2,

(v.g. com o afastamento cautelar do agente) e os consequentes restauradores do *status quo ante* e punitivos.

É preciso atentar para a técnica, concebida como exigências formais ao desenvolvimernnto do processo, tanto em relação aos atos processuais como ao próprio julgamento, visto que o apego ao formalismo vem impedindo que a primeira etapa do procedimento rumo à realização prática da exigência constitucional seja concluída com sucesso.¹⁴⁴

E, sem ela, não se chega à segunda, destinada à efetivação do resultado da cognição, ou torna impossível sequer pensar nos meios mais adequados à efetivação da tutela jurisdicional da probidade, mormente o afastamento do agente ímprobo da coisa pública e o ressarcimento ao erário.¹⁴⁵

A análise de fatos pela administração, v.g., por meio de um procedimento administrativo disciplinar, uma correição ou uma tomada de contas especial podem trazer à tona dados que precisam ser preservados ou situações que precisam ser acauteladas, para que, futuramente, a tutela da probidade seja efetiva.

Tais situações remetem à necessidade do manejo de medidas cautelares prévias, sobretudo judiciais, com tal desiderato. Como ensina Humberto Theodoro Júnior, “a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.”

Dentre as cautelares judiciais prévias à ação de improbidade, que interessam no presente estudo, há as medidas típicas e as atípicas, as incidentais e as preparatórias.

Ressalte-se que, independentemente da medida cautelar em análise, prévia ou incidental, típica ou atípica, todas são caracterizadas pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, e, ao contrário, se destina a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim.¹⁴⁶

Em outras palavras, a provisoriedade significa que as medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou

¹⁴⁴ BEDAQUE, ob. cit., p. 49.

¹⁴⁵ BEDAQUE, ob. cit., p. 51.

¹⁴⁶ THEODORO JUNIOR, ob. cit.,

definitivo. Por exemplo, o seqüestro de bens haverá de ser substituído pelo conseqüente de perdimento de bens ilicitamente agregados ao patrimônio do ímprobo ou a prova antecipada exaure sua finalidade com a utilidade prestada à sentença¹⁴⁷.

Assim, ao longo da averiguação extraprocessual da ocorrência da prática de improbidade administrativa, seja pelo MP, seja no âmbito do ente lesado, é possível o manejo de medidas cautelares como busca e apreensão, exibição de documentos ou coisas (sobretudo os entes públicos que não tenham os poderes requisitórios do MP), produção antecipada de provas (para interrogatório da parte, inquirição de testemunhas ou exame pericial), arrolamento de bens (sobretudo no caso de indeferimento de indisponibilidade ou seqüestro de bens).

Outra medida importante para a garantia da futura tutela jurisdicional da probidade, sobretudo no campo das provas, é a possibilidade de quebra do sigilo fiscal e bancário do ímprobo.

Ressalte-se que o art. 198 do CTN, relativamente aos dados fiscais, e a LC n° 105/2001, relativamente aos dados bancários, não regulamentam o acesso às informações dos referidos dados. Todavia, em determinados casos, sempre excepcionais, dá-se a possibilidade de acesso a tais informações, medida essa que se costuma chamar de “quebra de sigilos bancário e fiscal”.

O direito ao sigilo das informações fiscais e bancárias, eminentemente de caráter individual, não pode ser indisponível, a ponto de obstaculizar a tutela da probidade administrativa, de óbvio interesse coletivo. Com efeito, é legítima a limitação de tais direitos, fundados na intimidade, quando contrapostos ao interesse maior da sociedade, e restarem devidamente evidenciadas circunstâncias que justifiquem a medida.

Portanto, dada garantia de sigilo de informações, em atenção à intimidade, deve-se sopesar com a necessidade e o imperativo interesse público de fiscalização, de apuração da ocorrência de lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, devendo haver, em cada caso concreto, a ponderação desses interesses.

É preciso considerar que o poder de investigação do Estado é naturalmente dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e que a garantia do sigilo não se estende às atividades ilícitas.

¹⁴⁷ Exemplo de THEODORO JUNIOR, Humberto.

Para ilustrar, no âmbito federal, a Portaria nº 335/2006, que Regulamenta o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, de que trata o Decreto nº 5.480/2005, prevê que para a instrução do procedimento disciplinar, que pode redundar em ação de improbidade, a comissão efetuará as diligências necessárias e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos.¹⁴⁸

Ademais, por meio do instituto da prova emprestada, consoante seus requisitos próprios, é possível carrear à ação de improbidade, desde que a conduta ímproba também se configure crime: interceptações telefônicas e de comunicações em sistemas de informática e telemática, consoante a Lei nº 9.296/96, bem como elementos colhidos através de ações controladas e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, conforme Lei nº 9.034/95.

Tais provas podem ter sido produzidas em procedimentos investigatórios preliminares (normalmente inquérito policial) ou ação penal, e transportadas, via prova emprestada, para a ação de improbidade, desde que haja identidade de réus e o fato ímprobo, como dito, também configure crime.

Portanto, a despeito da previsão de poderes requisitórias, pode o MP ou a autoridade competente manejar medidas judiciais cautelares para que preservem a utilidade de procedimentos administrativos prévios, que possam redundar em ações de improbidade.

3.2.2. Fase processual

a. Medidas Cautelares Específicas da Ação de Improbidade

Doravante trataremos de medidas cautelares típicas para tutela da probidade, previstas expressamente na Lei de Improbidade, lembrando que, diferentemente das demandas cognitivas e executivas, as quais têm como escopo a

¹⁴⁸ Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.

§ 1º As consultas, requisições de informações e documentos necessários à instrução da sindicância, quando dirigidas à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, deverão ser feitas por intermédio dos Corregedores-Gerais Adjuntos, observado o dever da comissão de, após a transferência, assegurar a preservação do sigilo fiscal.

§ 2º A solicitação de afastamento de sigilo bancário deve ser encaminhada à Advocacia-Geral da União, com as informações e documentos necessários para o exame de seu cabimento.

satisfação dos interesses postos em juízo, buscam as medidas cautelares em tela salvaguardar o resultado prático da respectiva Ação de Improbidade.

Assim, o manejo das medidas doravante tratadas é de grande valia para a garantia do resultado prático dos conseqüentes constitucionais do art. 37, §4º, da Constituição, sobretudo na finalidade de recomposição do erário.

Importante destacar, desde já, que tais providências podem ser requeridas via ação autônoma ou, incidentalmente, nos autos da própria Ação de Improbidade.

Assim, tendo em conta os princípios da economia, celeridade e efetividade processuais, esta hipótese afigura-se a mais eficaz, sem exclusão do manejo de ações cautelares autônomas prévias, como visto anteriormente.

Afastamento do Agente Público

Trata-se de medida cautelar típica cabível em sede de tutela jurisdicional da probidade, logo expressamente prevista na Lei de Improbidade, com fito de afastar o agente público do cargo ou função, de como a preservar a instrução processual¹⁴⁹. Seu regramento encontra-se no art. 20, parágrafo único:

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Em nome da unidade do sistema, o art. 147 do Estatuto dos Servidores traz a seguinte possibilidade, aplicável para garantir a efetividade do procedimento administrativo disciplinar:

Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

A medida ora analisada reveste-se de caráter excepcional, sendo cabível, apenas, quando se fizer necessária à instrução processual, com fito de evitar a

¹⁴⁹ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 734.

atuação dolosa do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, dificultando a realização de perícias, bem como realizando quaisquer outros atos capazes de criar dificuldades à elucidação dos fatos.¹⁵⁰

Afasta-se, dessa forma, a aplicação da medida com a finalidade de evitar a continuação da prática de atos ímprobos, não havendo afastamento para salvaguardar a ordem pública. Esta, como se sabe, só tem cabimento no âmbito do processo penal.

Ademais, em observância ao princípio da proporcionalidade, deve-se reservar o afastamento para aqueles casos cujo ato de improbidade justifique a medida extrema. Logo, o afastamento só tem cabimento quando o ato de improbidade tenha acarretado enriquecimento ilícito considerável ou dano grave ao erário ou a princípios da administração, e apenas naqueles casos que se revelarem imprescindíveis à salvaguarda da instrução processual. Eis, portanto, os requisitos para concessão da medida.

Quanto aos referidos requisitos, vale a colação do seguinte julgado do STJ¹⁵¹, bem fixou tais pressupostos, assentando o caráter excepcional da medida, fazendo-se presente tão somente na hipótese de grave ato de improbidade e dano à instrução processual.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS. REQUERIMENTO NA INICIAL DA AÇÃO PRINCIPAL. DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS ANTES DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º E 16 DA LEI 8429/92. AFASTAMENTO DO CARGO. DANO À INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA.

1. É lícita a concessão de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC) em sede de medida cautelar preparatória ou incidental, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8429/92) e de sequestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92), porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, reparação do dano ao erário ou de restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. Precedentes do STJ: REsp 821.720/DF, DJ 30.11.2007; REsp 206222/SP, DJ 13.02.2006 e REsp 293797/AC, DJ 11.06.2001.

2. Os arts 7º e 16, §§ 1º e 2º, da Lei 8.429/92, que tratam da indisponibilidade e do sequestro de bens, dispõem: Art. 7º Quando o ato

¹⁵⁰ Resp nº 993065 e Resp nº 604834

¹⁵¹ REsp 929.483/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008), além de AgRg na SLS 867 / CE

de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais." 3. O art. 20 da Lei 8429/92, que dispõe sobre o afastamento do agente público, preceitua: "Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual." 4. A exegese do art. 20 da Lei 8.249/92 impõe cautela e temperamento, especialmente porque a perda da função pública, bem assim a suspensão dos direitos políticos, porquanto modalidades de sanção, carecem da observância do princípio da garantia de defesa, assegurado no art. 5º, LV da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), requisitos que, em princípio, não se harmonizam com o deferimento de liminar inaudita altera pars, exceto se efetivamente comprovado que a permanência do agente público no exercício de suas funções públicas importará em ameaça à instrução do processo.

5. A possibilidade de afastamento in limine do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, porquanto medida extrema, exige prova incontroversa de que a sua permanência poderá ensejar dano efetivo à instrução processual, máxime porque a hipotética possibilidade de sua ocorrência não legitima medida dessa envergadura. Precedentes do STJ: REsp 604.832/ES, DJ de 21.11.2005; AgRg na MC 10.155/SP, DJ de 24.10.2005; AgRg na SL 9/PR, DJ de 26.09.2005 e Resp 550.135/MG, DJ de 08.03.2004.

6. É cediço na Corte que: "Segundo o art. 20, caput, da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva. Nesta hipótese, aquela situação de excepcionalidade se configura tão-somente com a demonstração de um comportamento do agente público que, no exercício de suas funções

públicas e em virtude dele, importe efetiva ameaça à instrução do processo" (AgRg na MC 10155/SP, DJ 24.10.2005).

7. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de deferimento de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC), apenas, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8429/92) e de seqüestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92).

Inexistindo grave ato de improbidade, ou melhor, sendo a conduta de pequena repercussão, dentre aquelas cujo conseqüente de perda da função pública seria claramente desproporcional, a garantia da instrução processual deve ser garantida de outras formas, como busca e apreensão de documentos, uso de força policial etc., mas não mediante o afastamento cautelar do agente.¹⁵²

Portanto, inexistente grave ato de improbidade, ou risco à instrução processual, não é possível o afastamento cautelar previsto no parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade.

Todavia, é possível que o agente não ofereça riscos à instrução processual, mas, no exercício de suas funções, ao longo da Ação de Improbidade, ofereça riscos à moralidade administrativa e ao erário.

Na hipótese, como medida cautelar inominada, seria possível o afastamento do agente de suas atividades específicas, sem afastá-lo do cargo ou função, para evitar a continuidade de atividades ímprobas, ainda que não haja risco à instrução processual, que é, como dito, requisito para o afastamento cautelar nominado do art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade.

Assim, diante dos requisitos genéricos do art. 798 do CPC, mormente o risco de prática de novos atos de improbidade pelo agente, sobretudo com risco de nova lesão o erário, pode o juiz determinar medidas outras, como afastar o agente da atribuição que gera riscos à administração (deslocando-o para outras atividades que não possa causar riscos) ou limitação de determinados atos de suas atribuições, como fiscalizar, homologar licitações, etc.¹⁵³

O afastamento cautelar do agente político, titular de mandato, merece uma reflexão mais detalhada.

¹⁵² GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 735.

¹⁵³ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 740.

A doutrina diverge quanto tema¹⁵⁴, todavia, sustentar a inaplicabilidade do afastamento cautelar a detentores de mandato, presentes os requisitos anteriormente defendidos, esvaziaria, por completo, a efetividade da Ação de Improbidade, visto que a instrução processual estaria comprometida pelas condutas dos Agentes Políticos ímprobos.¹⁵⁵

Ressalte-se que o Presidente da República tem regime próprio de afastamento cautelar, de índole constitucional, conforme art. 86, §1º. Idem quanto aos membros do Congresso Nacional, cujo regime de afastamento está disciplinado no art. 55 da Constituição.

Questão que surge quanto ao afastamento do agente político detentor de mandato é o manejo de medidas suspensivas da eficácia da decisão cautelar, solicitadas diretamente ao presidente do Tribunal competente para julgamento do respectivo recurso, sob argumento que o afastamento geraria grave lesão à ordem pública.

O STJ tem admitido o manejo desse instrumento, embora com algumas impropriedades. Para o Tribunal, o afastamento cautelar de agentes políticos, por meio de decisões judiciais provisórias, representa verdadeira intervenção de um dos Poderes da República em outro, fato que revela algum grau de ruptura na normalidade institucional, cujo conceito integra o conceito de ordem pública a que se refere o Art. 4º da Lei nº 8.437/92.¹⁵⁶

Para que tenha êxito o pedido de suspensão de decisão judicial, cabe ao requerente comprovar que a execução da medida provocará grave lesão à ordem, à economia, à segurança ou à educação públicas. Outras questões, como incidência do regime da Lei de Improbidade a agente político, existência de atos de improbidade, dolo ou culpa, estão fora da alçada do incidente de suspensão. Não devem, portanto, ser apreciada em pedido de suspensão, cujos limites estão perfeitamente traçados nos Arts. 4º da Lei 4.348/64, 12, § 1º, da Lei 7.347/85, 25 da Lei 8.038/90 e 4º da Lei 8.437/92.

¹⁵⁴ Contra: Adilson de Abreu Dallari, Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo. Favorável: Rogério Alves Pacheco, Emerson Garcia, Rita Tourinho.

¹⁵⁵ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 737.

¹⁵⁶ AgRg na SLS .857/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/05/2008, DJe 01/07/2008, REPDJe 14/08/2008 e Ag Rg na suspensão de liminar de sentença nº 16-BA

Todavia, em algumas oportunidades, o STJ¹⁵⁷, por ocasião da suspensão da decisão, vai além da cognição da ameaça à ordem pública da decisão, adentrando o mérito da questão impugnada, como a decisão abaixo:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO CAUTELAR. DECISÃO QUE NÃO SE PRENDE AO ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. ILEGALIDADE. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA INSTITUCIONAL.

1. A Constituição Federal, quando trata de independência e harmonia, sustenta o delicado equilíbrio entre os Poderes da República.
2. Este equilíbrio não exclui completamente a possibilidade de que um dos Poderes interfira no outro. Há, entretanto, previsão expressa - em Lei ou na Constituição - dos casos em que essa intervenção é legítima.
3. Em se tratando de improbidade administrativa, só há uma hipótese tolerável de intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes para afastar agentes políticos: Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92.
4. Vale dizer: a gravidade dos ilícitos imputados ao agente político e mesmo a existência de robustos indícios contra ele não autorizam o afastamento cautelar, exatamente porque não é essa a previsão legal.
5. A decisão que determina o afastamento cautelar do agente político por fundamento distinto daquele previsto no Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, revela indevida interferência do Poder Judiciário em outro Poder, rompendo o delicado equilíbrio institucional tutelado pela Constituição.
6. Surge, então, grave lesão à ordem pública institucional, reparável por meio dos pedidos de suspensão de decisão judicial (Arts. 4º da Lei 4.348/64, 12, § 1º, da Lei 7.347/85, 25, caput, da Lei 8.038/90 e 4º da Lei 8.437/92).
7. Para que seja lícito e legítimo o afastamento cautelar com base no Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, não bastam simples ilações, conjecturas ou presunções. Cabe ao juiz indicar, com precisão e baseado em provas, de que forma - direta ou indireta - a instrução processual foi tumultuada pelo agente político que se pretende afastar.

A despeito da discussão do cabimento de tal instrumento, mormente quando manejado pelo agente político, deve a análise do Tribunal, como dito, limitar-se quanto à possibilidade de, dado o afastamento do agente de seu cargo, lesão à ordem, à segurança e à economia públicas, conforme julgado abaixo transcrito, que bem fixa tais fronteiras:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA DEFERIDA. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. CONDENAÇÃO DO PREFEITO. PERDA DO CARGO E INDENIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. AFASTAMENTO MANTIDO.

¹⁵⁷ AgRg na SLS .857/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/05/2008, DJe 01/07/2008, REPDJe 14/08/2008

– Configurada a possibilidade de lesão à ordem, à segurança e à economia públicas, impõe-se a manutenção da decisão que concedeu a suspensão de segurança para afastar o Prefeito, conforme sentença condenatória de perda do cargo.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na SS 1.883/BA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2008, DJe 05/02/2009)

Ademais, é sabido que o pedido de suspensão é instrumento do ente público, não do seu representante, conforme expressa dicção dos instrumentos que prevêm os incidentes de suspensão:

Art 4º, Lei 4.348/64. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

Art. 12, § 1º, Lei 7.347/85. A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

Art. 25, Lei 8.038/90. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

Art. 4º, Lei 8.437/92. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Todavia o STJ¹⁵⁸ e o STF¹⁵⁹, a despeito da expressa dicção dos preceitos acima, já assentaram que o agente político tem legitimidade para manejo da medida, sob o argumento que o foco do incidente de suspensão não está em quem o

¹⁵⁸ AgRg na SL 9, AgRg na SL 49 e AgRg na SLS 876 (2008/0096970-2 - 27/11/2008)

¹⁵⁹ AgRg na PET 2.225-GO e AgRg na SS 444/SYDNEY SANCHES

requer, mas no que se busca com ele proteger, logo aquela legitimação indicada nas Leis que regulamentam o pedido de suspensão não seria exaustiva.

A decisão abaixo colacionada bem expressa o entendimento do STJ, que fora precedido pelo STF:

AFASTAMENTO CAUTELAR DE AGENTE POLÍTICO. PEDIDO DE SUSPENSÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

- O agente político tem legitimidade ativa para ajuizar pedido de suspensão visando subtrair eficácia da decisão judicial que o afastou do cargo.

RECURSO ESPECIAL E MEDIDA CAUTELAR PENDENTES DE JULGAMENTO. PEDIDO DE SUSPENSÃO. PREJUDICIALIDADE INEXISTENTE.

- A existência de recurso especial ou medida cautelar pendentes de julgamento pelo órgão colegiado competente não impede o exame de pedido de suspensão pela Presidência do Tribunal.

PEDIDO DE SUSPENSÃO. COMPETÊNCIA. ART. 25 DA LEI 8.038/90.

- Se a ação que deu origem ao pedido de suspensão tem causa de pedir vinculada a tema constitucional, a competência é do STF; sendo outro o tema da causa de pedir - qualquer outro - a competência é do Superior Tribunal de Justiça.

SUSPENSÃO DE LIMINAR. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

(AgRg na SLS .876/RN, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 30/06/2008, DJe 10/11/2008, REPDJe 27/11/2008)

Portanto, uma vez presentes os requisitos anteriormente fixados para o afastamento cautelar, pode o agente político detentor de mandato ser afastado, embora seja cabível, a partir de alegação de grave lesão à ordem pública institucional, o manejo de pedidos de suspensão de decisão judicial, diretamente ao Presidente do Tribunal competente para julgamento do recurso cabível contra a decisão que decidiu pelo afastamento cautelar, com espeque nos arts. 4º da Lei 4.348/64, 12, § 1º, da Lei 7.347/85, 25, caput, da Lei 8.038/90 e 4º da Lei 8.437/92.

É preciso destacar que a análise desses incidentes de suspensão pelo presidente de Tribunal passa por uma complexa questão: o choque entre interesses públicos. De um lado teremos o interesse público intrínseco à Ação de Improbidade, cuja proteção é garantida pela medida cautelar de afastamento do agente. Por outro lado, teremos o interesse público de manutenção da ordem administrativa que, segundo o agente afastado, em virtude do afastamento, estaria ameaçada.

Como deve o presidente do tribunal proceder diante desse choque de interesses públicos?

Prefacialmente, deve-se afastar o uso da medida quando verificar que está sendo manejado para proteção individual do agente, e não para proteção eficaz de bens jurídicos caros à sociedade, representativos de verdadeiro interesse público primário, como pensado o instrumento suspensivo. Ressalte-se, como dito anteriormente, o STJ admite o uso de suspensão de decisões pelo agente.

Em seguida, o presidente do tribunal deve sopesar os interesses contrapostos, um presente na ação de Improbidade, e outro no incidente de suspensão, invocando, casuisticamente, o postulado da proporcionalidade e razoabilidade para manutenção, ou não, do afastamento.¹⁶⁰

Ressalte-se, quanto à duração da medida, que deve ser estabelecido um prazo razoável, sobretudo quando se tratar de afastamento de mandato eletivo, cuja temporariedade pode fazer com que o afastamento provisório torne-se definitivo.¹⁶¹

Eis, portanto, os principais aspectos da medida de afastamento cautelar do agente público, cuja concessão, a despeito dos rigorosos requisitos, tem grande importância para a efetividade da tutela jurisdicional da probidade, tendo em vista que visa a preservação da higidez da instrução processual da Ação de Improbidade.

Indisponibilidade de Bens

Outra medida nominada na própria Lei de Improbidade é a possibilidade de decretação de indisponibilidade dos bens do réu ímprobo, de grande utilidade para a realização prática da finalidade de restauração do *status quo ante*, mormente mediante o conseqüente de ressarcimento ao erário.

Está previsto no art. 7º da Lei de Improbidade para os atos que causarem lesão ao patrimônio público ou ensejarem enriquecimento ilícito. Não cabe a medida, por óbvio, em relação aos atos que importarem simples ofensa a princípios da administração:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

¹⁶⁰ Garcia e Alves, ob. cit., p. 745.

¹⁶¹ Garcia e Alves, ob. cit., p. 747.

A indisponibilidade significa a impossibilidade de alienação de bens integrantes do acervo patrimonial do réu, podendo incidir sobre dinheiro, imóveis, móveis, veículos, ações, créditos, direitos, etc.

É possível excluir do réu ímprobo a própria posse sobre o bem, quando houver risco de extravio, perda ou deterioração da coisa. É possível, ainda a alienação antecipada de tais bens, visto que a alienação antecipada, com a aplicação dos valores arrecadados como ativos financeiros, resguarda tanto a pretensão do Estado que, caso vencedor, terá os valores revertidos em seu favor, quanto o interesse do acusado que, na hipótese da improcedência dos pedidos, receberá o montante pago atualizado, e não um bem depreciado pelo tempo ou pela utilização indevida.

Com o advento das Leis nº 11.382/2006 e nº 11.419/2006, que regulamentam a informatização do processo judicial¹⁶², é possível que a alienação ocorra por leilão eletrônico judicial, prática que, além de mais célere e econômica, permite uma maior participação de interessados, fato que certamente contribui para a eficiência da alienação.

Relativamente aos bens imóveis, a medida se efetiva através da averbação da constrição no Registro de Imóveis competente. Em relação aos demais bens, devem ser analisadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Assim, a materialização da medida cautelar ocorre casuisticamente, a depender da natureza do bem a ser posto em indisponibilidade. Todavia, em regra, deverá o juízo prolator da medida liminar determinar algumas providências comuns para efetiva realização da indisponibilidade dos bens, de acordo com natureza de cada um deles.

¹⁶² Art. 685-C. Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária.

§ 3º Os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de 5 (cinco) anos.

Art. 687. O edital será afixado no local do costume e publicado, em resumo, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local.

§ 2º Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação.

Art. 689-A. O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exequente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado.

Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

Para dinheiro, o expediente pode ser adotado eletronicamente, por meio do Sistema BacenJud, com todas as instituições financeiras sediadas no País, de forma automatizada, para que procedam à indisponibilização dos valores creditados à conta do réu ímprobo, bem como dos valores mantidos, em seus nomes, em fundos de investimento de todo gênero.¹⁶³

Para a constrição de bens imóveis, deverá ser expedido determinações nesse sentido aos Cartórios de Registros de Imóveis respectivos, noticiando a decretação de indisponibilidade de bens do ímprobo.

Especificamente para a indisponibilidade de veículos, deve ser expedido ofício aos respectivos Departamentos de Trânsito, e órgãos de registros de veículos aeronáuticos e náuticos, com a mesma finalidade, noticiando a decretação de indisponibilidade de bens dos réus.

Quanto a direitos e valores mobiliários cotados em bolsa de valores, deve ser expedido ofício à CVM e às Juntas Comerciais respectivas, com o mesmo fim, noticiando a decretação de indisponibilidade de bens, e requisitando informações acerca da existência de ações, quotas de capital social de empresas ou outros valores mobiliários.

Quanto a semoventes sujeitos a controle, deve ser requisitado informações junto a órgãos estaduais de controle e ao Sistema de Inspeção Federal – SIF, para que informem acerca da existência de rebanhos em nome do ímprobo, para posterior individualização e depósito dos semoventes.

Ademais, cabe ainda expedição de ofício à respectiva Delegacia da Receita Federal, requisitando as declarações de imposto de renda do ímprobo, como meio de acompanhar sua evolução patrimonial.

A indisponibilidade pode ser requerida de forma genérica, sem a necessidade de especificar os bens objeto da constrição. Diferentemente do seqüestro, ela não incide sobre bem determinado, mas sobre a generalidade de bens necessários à reparação do dano ou à desconstituição do enriquecimento ilícito.

¹⁶³ Infelizmente, a despeito de meios adequados para a indisponibilidade de dinheiro, ainda hoje, há juízos que recorrem a expedição de ofícios individualmente para cada um dos integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Ressalte-se que a indisponibilidade alcança, inclusive, bens adquiridos anteriormente à prática do ato administrativo.¹⁶⁴

Daí, portanto, a necessidade da petição inicial apresentar, ao menos, um valor estimado do prejuízo ou do enriquecimento observado, para que sirva de base ao estabelecimento da extensão da medida.

Interessante questão refere-se aos requisitos para concessão da medida cautelar.

Os Tribunais¹⁶⁵ têm mantido entendimento que para a decretação da medida é preciso comprovar indícios da existência do ato de improbidade, com demonstração de possível dano ao Erário, ou enriquecimento ilícito do agente (*fumus boni juris*), e a prova de dilapidação de bens do réu (*periculum in mora*).

Ocorre que, para o recebimento da ação de improbidade, conforme art. 17, §6º e §8º, da Lei de Improbidade, o juiz só deve receber a ação quando convencido da existência nos autos de indícios suficientes da prática do ato de improbidade.

Assim, quando a medida for deferida após o recebimento da ação, tal requisito restará presente. Caso seja requerida *inaudita altera pars*, deverá o juiz, antes de citar o réu, perquirir pela existência nos autos de indícios suficientes da prática do ato de improbidade.

Questão mais tormentosa refere-se ao *periculum in mora*.

Exigir, como se tem feito, a prova da intenção do réu de furtar-se à efetividade da condenação representa, na prática, o esvaziamento da medida, e, com efeito, riscos aos consequentes que são garantidos pela cautelar em análise.¹⁶⁶

Ocorre que, diante do cânone hermenêutico do art. 37, §4º, da Constituição, o *periculum in mora* é presumido, ou dispensável, em consonância com

164 AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AQUISIÇÃO ANTERIOR AO ATO ÍMPROBO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que a decretação de indisponibilidade dos bens decorrente da prática de atos de improbidade administrativa deve limitar-se a garantir as bases patrimoniais da futura sentença condenatória, podendo incluir bens adquiridos anteriormente à prática do suposto ato administrativo.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1144682/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 06/11/2009)

¹⁶⁵ TRF1 - AG 200801000704790, AGA 200901000345820, TRF1 - AG 200901000293750 TRF1 - AG 200901000197312, TRF1 - AG 200901000038580 TRF2 - AC 200251010096699 T TRF4 - AG 200004011094680 TRF5 - AG 200405000279026 RF2 - AG 200502010011309 TRF3 - AG 199903000073513 TRF4 - AG 200804000374464.

¹⁶⁶ Garcia e Medina, ob. cit., p. 751.

peremptória disposição inserta no referido preceito constitucional: “Os atos de improbidade administrativa importarão [...] a indisponibilidade debens”.

Como aponta Luciano Rolim, o intento do Constituinte de 1988 foi tornar, nos casos de improbidade administrativa, mais efetivo o ressarcimento ao erário, com restabelecimento do *status quo ante*, “em reconhecimento ostensivo de que é imensa a responsabilidade da corrupção pelas mazelas da sociedade brasileira”.¹⁶⁷

O referido autor, da análise da opção claramente imperativa da redação do art. 37, §4º, que não pode ser desprezada, como defendido anteriormente, aponta que “deflui, em primeiro lugar, do caráter imperativo da referida norma constitucional que a indisponibilidade de bens é a regra em ação de improbidade administrativa, e não a exceção.”¹⁶⁸

Assim, a medida cautelar típica prevista no art. 7º está limitada ao valor do prejuízo causado e não necessita da demonstração do perigo de dano, em atenção a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público.

A indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade, tal qual outras medidas cautelares do processo civil pátrio¹⁶⁹, que dispensam a demonstração de perigo de dano, configura caso de tutela de evidência.¹⁷⁰

É preciso conferir unidade ao sistema de tutela da probidade. Se a presença de indícios dilapidação de bens fosse exigida pela Constituição para a decretação de medidas cautelares patrimoniais, certamente tal imposição se estenderia a toda legislação infraconstitucional. Ocorre, v.g., como bem lembra Luciano Rolim, que a legislação processual penal prevê o seqüestro de bens, independentemente de comprovação concreta do *periculum in mora*, medida esta cuja constitucionalidade nunca foi questionada.¹⁷¹

O STJ, dentre outros tribunais, já formou precedentes da interpretação dos requisitos art. 7º da Lei de Improbidade, conforme a imperatividade do cânone

¹⁶⁷ ROLIM, Luciano. *O periculum in mora nas medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 6 – n. 24/25, p. 79 – jul./dez. 2007.

¹⁶⁸ ROLIM, ob. cit., p. 79.

¹⁶⁹ Art. 36, §1º, da Lei nº 6.024/74; art. 185-A do CTN; art. 273, II, do CPC; art. 273, §6º; do CPC; nas liminares possessórias, entre outros exemplos de tutela de evidência.

¹⁷⁰ Bedaque, José Roberto dos Santos. *Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa*. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁷¹ ROLIM, ob. cit., p. 86.

hermenêutico das normas do sistema de tutela da probidade, pelo qual “dada a improbidade, dá-se a indisponibilidade de bens”, de modo a conferir amplo alcance à medida em análise, tomando como uma tutela de evidência.

Eis dois julgados ilustrativos da interpretação do art. 7º da Lei de Improbidade, em conformidade com o art. 37, § 4º, da Constituição:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992 – REQUISITOS PARA CONCESSÃO – LIMITES – SÚMULA 7/STJ.

1. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º, parágrafo único da Lei 8.429/1992, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.
2. O requisito cautelar do *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a 'assegurar o integral ressarcimento do dano'.
3. A demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracteriza o *fumus boni iuris*.
4. Hipótese em que a instância ordinária concluiu ser possível quantificar as vantagens econômicas percebidas pelo réu, ora recorrente, para fins de limitação da indisponibilidade dos seus bens. Rever esse entendimento demandaria a análise das provas.

Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1098824/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – Pretendida revogação de liminar, que a decreta. Presença dos requisitos da concessão de liminar. Desnecessidade de se aguardar que o agente inicie a dilapidação do patrimônio. O "*periculum in mora*" emerge dos termos da inicial, da gravidade dos fatos e do montante dos prejuízos. Interpretação do art. 37, § 4º da Carta Magna. Pouco importa a origem lícita ou ilícita dos bens a serem bloqueados. Lei 8.429/92. Agravo improvido.” (TJRS – AI 598409902 – RS – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Vasco Della Giustina – J. 09.12.1998). (Juris Síntese n.º 21, versão jan.-fev. 2000)

Eis, portanto, as principais considerações e interpretações que reputamos cabíveis, para maior alcance desta importante técnica processual, fundamental para a efetiva tutela da probidade, mormente quando do escopo de restabelecimento do *status quo ante*, que fora aviltado pelo ato de improbidade.

Sequestro

Outra medida cautelar típica expressamente prevista na Lei de Improbidade, é o sequestro, nos seguintes termos:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

A medida em tela, não obstante técnicas similares previstas em outros diplomas processuais, tem o fito de ser o instrumento adequado e garantidor da realização efetiva e material do consequente de “perdimento de bens e valores”, previsto na Lei de Improbidade, cuja finalidade é restabelecer o *staus quo ante*, que fora deturpado pelo ato de improbidade.

Assim, o sequestro cairá sobre o produto da improbidade, ou aqueles subrogados, afastando-se qualquer discussão sobre a titularidade da coisa, ou sobre riscos de perecimento ou desaparecimento.¹⁷²

O sequestro, em sentido amplo, que não se afasta da medida prevista no art. 16 da Lei de Improbidade, é a medida cautelar que assegura futura execução para entrega de coisa e que consiste na apreensão de bem determinado, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega. Opera-se através de desapossamento do bem específico, móvel, imóvel ou semovente, com o escopo de conservar a integridade da coisa, preservando-a de danos, de depreciação ou deterioração.

Conforme acentua Wallace Paiva Martins Júnior, a medida do art. 16 da Lei de Improbidade é um sequestro diferenciado, em que se prescindem dos requisitos de certeza e liquidez da dívida, presumido o risco pela própria lei, e que recai sobre bens determinados e específicos ao patrimônio do agente público ou de terceiro com o fito de garantir a execução da sentença condenatória.¹⁷³

Quanto aos requisitos do sequestro da Lei de Improbidade, Fábio Medina Osório, defende que “não se mostra crível aguardar que o agente público comece a dilapidar seu patrimônio para, só então, promover o ajuizamento de medida cautelar autônoma de sequestro dos bens”.¹⁷⁴

¹⁷² GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 756.

¹⁷³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva., ob. cit., p.334.

¹⁷⁴ MEDINA, ob. cit., p. 240.

Tal exigência ensejaria impunidade e o esvaziamento do sentido rigoroso da legislação. O *periculum in mora* emerge, via de regra, como na indisponibilidade de bens, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário, e da imperatividade do cânone hermenêutico do art. 16 da Lei de Improbidade.¹⁷⁵

E diz mais o referido autor¹⁷⁶:

Esperar a dilapidação patrimonial, quando se tratar de improbidade administrativa, com todo respeito às posições contrárias, é equivalente a autorizar tal ato, na medida em que o ajuizamento de ação de seqüestro assumiria dimensão de 'justiça tardia', o que poderia se equiparar a denegação de justiça.

Como visto no início, o § 1º do art. 16 da Lei de Improbidade apenas submete o processamento da medida ao disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil; ao passo que os requisitos estão postos, de acordo com o art. 37, §4º, da constituição, na própria Lei de Improbidade:

Ressalte-se que não há de diferenciar, eis que componentes do mesmo sistema, os seqüestros do art. 126 do CPP e do art. 4º da Lei de Lavagem de Dinheiro, que não exigem prova de dilapidação, do seqüestro da Lei de Improbidade, sobre pena de perda da unidade e coerência do sistema.

Eis, portanto, as considerações cabíveis quanto a medida cautelar de seqüestro, que há de ser tomada como a técnica adequado para o alcance da pena de perdimento de bens.

b. Antecipação de Tutela

A antecipação de tutela na ação de improbidade administrativa ensejaria, a princípio, afronta ao princípio da não-culpabilidade, e ofensa aos direitos de defesa do réu-ímprobo, que nada mais são do que garantias da validade e, conseqüentemente, efetividade da tutela jurisdicional da probidade administrativa, como veremos oportunamente.

Assim, a antecipação pura e simples dos conseqüentes do art. 12 da Lei de Improbidade não é possível.

Todavia, é possível a antecipação recair sobre outras pretensões que também sejam objeto da Ação, cumulativamente com as pretensões típicas da Ação de

¹⁷⁵ MEDINA, ob. cit., p. 241

¹⁷⁶ MEDINA, ob. cit., p. 241

Improbidade, ou seja, que não os conseqüentes do art. 12 da Lei de Improbidade, sobretudo quando desconstitutivos e mandamentais.¹⁷⁷

Garcia e Alves¹⁷⁸, citando Martins Júnior, dão os exemplos de antecipação de tutela possíveis, sem afronta aos direitos de defesa do ímprobo:

Admitindo a incidência do instituto, tem-se a valiosa opinião de Wallace Paiva Martins Junior que fornece os exemplos de suspensão de “julgamento de licitação viciada, homologação de resultado ou posse do concurso público imoral, prestação de serviços por funcionários públicos contratados irregularmente, recebimento a maior de subsídios por agentes políticos etc. a tais exemplos poderíamos agregar vários outros, relacionados à pretensões constitutivas negativas: suspensão de execução de obra ou serviço público lesivos; suspensão de “privatização” contrária ao interesse público; suspensão de ordem de pagamento quando as despesas não forem autorizadas por lei (art. 10, IX, da Lei nº 8.429/92 c.c. Lei complementar nº 101/00) etc. No que tange respeita a pretensões mandamentais, poderíamos formular os seguintes exemplos: ordem de imediata aplicação dos valores correspondentes à verbas mínimas em educação, desde que orçamentariamente previstos; determinação de publicação de atos oficiais (art. 11, IV, da Lei nº 8.429/92) ou de prestação de contas (art. 11, VI) etc.

Para tanto, é preciso que estejam presentes os requisitos para antecipação de tutela previstos no art. 273 do CPC, ou seja, uma vez presente a plausibilidade da ocorrência do ato de improbidade, necessário, também, para o próprio recebimento da inicial, é preciso, ainda, a ocorrência de perigo de dano, ou abuso no direito de defesa do ímprobo:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Ressalte-se, ainda, que na antecipação de uma pretensão mandamental, a realização prática far-se-á conforme o art. 461 do CPC, mormente seu §5º:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

¹⁷⁷ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 780,

¹⁷⁸ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 780,

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Por fim, é preciso destacar que o objetivo da antecipação de tutela difere da medida cautelar, todavia, conforme o art. 273, §7º, do CPC, no que tange às medidas cautelares típicas da lei de improbidade, ou mesmo outras necessárias à garantia de sua efetividade, se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Ressalte-se que se a medida pretendida for sequestro ou indisponibilidade de bens, dada a desnecessidade de comprovação do *periculum in mora* (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação), será suficiente tão somente a plausibilidade da ocorrência do ato de improbidade.

Destaque-se que se a medida for pedida após recebimento da inicial, tal requisito já estará reconhecido pelo juízo da causa.

4. DA OBSERVÂNCIA AOS DIREITOS DE DEFESA DO RÉU-ÍMPROBO COMO GARANTIAS DA VALIDADE E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nesta parte, analisaremos, de forma global, as garantias básicas daquele que sofrera uma imputação de autoria de ato de improbidade, decorrentes do próprio sistema de tutela da probidade, de forma a se alcançar, de forma efetiva e hígida a tutela da probidade mediante a realização dos conseqüentes do art. 37, §4º, da Constituição.

O alcance das finalidades referidas nunca será completo e efetivo sem contraditório e ampla defesa, pois a efetividade é apenas mais uma das garantias que compõem o devido processo legal, embora não seja o único.¹⁷⁹

Não se nega a necessidade de reduzir a demora dos processos, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.¹⁸⁰

Logo, ainda que em nome da efetividade, e da consagração do art. 37, §4º, da Constituição, é vedado o sacrifício de valores também fundamentais ligados à segurança do processo¹⁸¹. Em suma, processo anulável, em nenhuma medida, pode ser considerado processo efetivo.

O devido processo legal impõe formas adequadas às relações punitivas, abarcando os procedimentos devidos. Assim, dentro das relações processuais há formas ordenadas que conduzem a pretensão do Estado na aplicação dos propalados conseqüentes constitucionais.

Em princípio, abordaremos o Devido processo legal punitivo da improbidade administrativa, de modo a verificar, especificamente na tutela jurisdicional da probidade administrativa, o papel desse princípio ante as garantias e exigências constitucionais relativas ao processo

Em seguida, o tema será o Princípio da presunção de inocência, mormente no que tange à tensão entre o mesmo e a concessão de medidas cautelares e antecipatórias de tutela, legitimidade das provas, a condenação com base em indício, o papel do acusado, bem como a ilicitude da prova produzida por este em sua defesa, outros temas.

¹⁷⁹ BEDAQUE, ob. cit., p. 49.

¹⁸⁰ BEDAQUE, ob. cit., p. 49.

¹⁸¹ BEDAQUE, ob. cit., p. 49.

Depois, analisarmos algumas manifestações específicas dos Direitos de defesa, em sede de tutela jurisdicional da probidade, em especial o direito de recorrer, o direito de defesa prévia, ente outros.

Por fim, examinaremos o fenômeno da prescrição e decadência que, em sede de tutela da probidade administrativa, tem regime jurídico próprio derogador de regras gerais sobre o instituto.

4.1. As garantias do réu-ímprobo e o Devido processo legal tutor da probidade administrativa

Nos seus primórdios, como se sabe, o instituto do devido processo legal era uma espécie de “prerrogativa” ou mesmo um “privilégio”, atribuído apenas a pessoas de certa classe social, definida em razão dos seus patrimônios, isso nos tempos do seu surgimento, na Inglaterra, por volta do ano de 1215, segundo os historiadores do Direito Público, embora se possam encontrar indicações dessa idéia até em tempos mais remotos.¹⁸²

A análise dos aspectos históricos das coisas do Direito Público, como adverte Nelson Saldanha, deve ser sempre prestigiada, tendo em vista que as instituições jurídicas ocorrem de permeio com outras que lhes são afins, sejam filosóficas, políticas, econômicas, ideológicas ou sociais, na medida em que elas possuem uma “história comum”.¹⁸³

A expressa garantia do devido processo legal, contida no inciso LIV do art. 5º, da Constituição, tem o papel de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma.¹⁸⁴

Na situação em análise, não haverá efetividade de uma tutela jurisdicional da probidade administrativa sem ampla defesa e contraditório. Como dito, processo anulável, em nenhuma medida, pode ser considerado processo efetivo.

No devido processo legal se resume todo o elenco das garantias processuais modernas¹⁸⁵. A doutrina tem dificuldade em conceituar o devido processo

¹⁸² BRINDEIRO, Geraldo O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Revista Síntese Trabalhista, no. 87, p. 10

¹⁸³ SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. São Paulo: Forense:, 1982, p. 12

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 301.

¹⁸⁵ PINHO, Judicael Sudário de. *Temas de Direito Constitucional e o STF*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 374.

legal e precisar os contornos dessa garantia¹⁸⁶, mas o STF¹⁸⁷, de maneira muito precisa, que merece colação, assim dá contornos ao princípio:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça. Contrárias à máxima do *fair trial* — como corolário do devido processo legal, e que encontra expressão positiva, por exemplo, no art. 14 e seguintes do Código de Processo Civil — são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade; ou nos casos em que esses impedimentos e incompatibilidades são forjados pelas partes com o intuito de burlar as normas processuais.

Com efeito, tal princípio abrange mais do que as fórmulas garantísticas do processo, embora essa função seja essencial, mas também abarca a própria elaboração normativa, aceitando-se que a atividade de produção das normas positivas tenha limites ou freios no elenco dos direitos fundamentais.¹⁸⁸

O devido processo legal é o primeiro elemento subordinante da legalidade de qualquer procedimento, que se expressa na efetiva possibilidade de a parte, no processo, ser ouvida em juízo e de declinar, com liberdade, as suas razões¹⁸⁹.

O perfil de processo que resulta dessa garantia é o do processo justo e equo, regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de

¹⁸⁶ DINAMARCO, ob. cit., p.303.

¹⁸⁷ AI 529.733, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-06, DJ de 1º-12-06.

¹⁸⁸ PINHO, ob. cit. P. 376.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: RT, 1973, p. 16.

instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva.¹⁹⁰

No caso da tutela jurisdicional da probidade administrativa, as garantias contidas na fórmula do devido processo legal oferecem aos réus das ações de improbidade um direito ao processo justo, com oportunidades de defesa reais.

Portanto, em se tratando de um devido processo legal tutor da probidade administrativa, quando se fala em processo justo, fala-se em direito ao processo *tout court* - assegurado pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que a Constituição impõe mediante a chamada garantia da ação.¹⁹¹

Sem ingresso em juízo não se tem a efetividade de um processo qualquer, e muito menos de um processo justo. Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com as garantias mínimas de meios (pela observância dos princípios e garantias estabelecidas) e de resultados (mediante a oferta de julgamentos justos), ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão, o Estado ou o réu supostamente ímprobo.¹⁹²

Na ação de improbidade administrativa, a observância do devido processo legal se espalha, como ocorre nas demais ações, por todas as suas fases, desde a postulatória até a sua satisfação.

Portanto, não há efetividade sem devido processo legal, que exige a feição de um processo justo, com contraditório e ampla defesa reais, sobretudo falando-se em Direito Administrativo Sancionador, em que uma das consequências é, para ficar num grave exemplo, a suspensão de direitos políticos.¹⁹³

Ressalte-se, por fim, que o uso da jurisdição deve ser responsável, mantendo-se ao autor da ação de improbidade submisso ao postulado ético da lealdade processual, não podendo o processo servir ao abuso de direito, *in casu*, quando o autor, açodadamente, aciona o agente público com fulcro na Lei de Improbidade sem, minimamente, indício de prática de ato de improbidade.¹⁹⁴

¹⁹⁰ DINAMARCO, ob. cit., p.303.

¹⁹¹ DINAMARCO, ob. cit., p.303.

¹⁹² DINAMARCO, ob. cit., p.303.

¹⁹³ BEDAQUE, ob. cit., p. 49.

¹⁹⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Responsabilidade Civil do Poder Público pelo manejo indevido de Ação de Improbidade Administrativa*. Porto alegre: Síntese. Revista de Direito Público, nº 10, out/Nov de 2005, p. 35.

Portanto, como sustentado por Mauro Roberto Gomes de Mattos, a utilização açodada da ação de improbidade gera o dever de indenizar àquele prejudicado pelo abuso do direito de acionar.¹⁹⁵

Em conclusão, tudo que fora defendido em termo de instrumentalidade e efetividade do processo em prol da aplicabilidade dos consequentes, na mesma medida, vale, em nome da segurança jurídica, ombreada à efetividade do processo, para as exceções do réu, em prol da própria higidez da tutela da probidade.

4.2. Contornos do Princípio da presunção de inocência em sede de ação de improbidade administrativa

O Princípio da presunção de inocência, embora sua maior operacionalidade se dê na seara do direito penal, também atua no campo administrativo, mas com diferenças sensíveis.¹⁹⁶

De fato, numa leitura isolada do art. 5º, LVII, da Constituição, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a expressão “sentença penal condenatória” levaria a crer que seria um princípio específico do direito penal, mas, como dito, não é, mas sim uma garantia genérica estendida aos acusados em geral¹⁹⁷, logo alcançando o réu-ímprobo, visto que, dentre as finalidades da ação de improbidade, há o fim punitivo.

Fábio Osório Medina, em análise da dimensão do princípio em foco, defende como acertada a visão doutrinária oriunda do Direito Francês, que trabalha cautelosamente o princípio em tela, cujo alcance prático tem se desenvolvido restritivamente, com notórias limitações. Segundo autor, o princípio estaria em franca decadência, incapaz de proteger o imputado contra várias possíveis aparências de culpa.¹⁹⁸

À luz da doutrina francesa analisada por Medina, a presunção de inocência não seria, tecnicamente, uma presunção, mas sim uma ficção, com conseqüências jurídicas. Tal princípio não protegeria o réu-ímprobo contra todas as aparências de culpabilidade, sendo sua principal conseqüência a distribuição do ônus probatório.

¹⁹⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ob. cit., p. 50.

¹⁹⁶ MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.479.

¹⁹⁷ MEDINA, ob. cit., p.479.

¹⁹⁸ MEDINA, ob. cit., p.484.

Uma das diferenças sensíveis, das mais importantes, deve considerar que, nas ações de improbidade, as provas apresentadas pelo Estado-autor são, muitas vezes, atos administrativos, logo dotados de presunções de legitimidade e veracidade nos fatos retratados, que, per si, desconstituem a presunção de inocência do réu-ímprobo.

Este, por seu turno, caberá produzir contraprova, seja desconstituindo os fatos objeto da prova a prova produzida, seja atacando a presunção de legitimidade e veracidade da mesma, já que a presunção é relativa.

Os atos administrativos que servem como meios de prova, para tal efeito, devem estar inteiramente válidos. Sendo nulo, não poderá gerar nenhum efeito, a exemplo de servir como meio de prova.

Ainda sobre o critério de distribuição do ônus da prova, é sabido que o Código de Defesa do Consumidor, como regra subsidiária, prevê a inversão do ônus da prova, quando verificada certas circunstâncias. E, de acordo com a regra inserta no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, a inversão se estenderia a todo o “microsistema da tutela coletiva”, no qual se insere a ação de improbidade¹⁹⁹.

Todavia, em sede de ação de improbidade, por conta do próprio princípio da presunção de inocência, tal entendimento não pode prosperar, de modo a se vedar a inversão do ônus da prova.²⁰⁰

Com efeito, em sede de ação de improbidade, mantém-se o critério estático de distribuição do ônus da prova.

No que tange à prova indiciária, não fere o princípio da presunção de inocência a condenação com base em indício. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.²⁰¹

Indício é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se, com razoável probabilidade, a existência de outro.²⁰²

Tal técnica de cognição não pode ser afastada na tutela da probidade. Segundo Dinamarco, a experiência pessoal do homem e a cultura dos povos mostram que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e a de

¹⁹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na Ação de Improbidade administrativa. São Paulo: RT, RT, ano 97, vol. 867, jan./2008, p. 73.

²⁰⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Ob. cit, p. 78.

²⁰¹ Art. 239 do código de Processo Penal.

²⁰² DINAMARCO, ob. cit., p. 211.

outros, o que permite formular juízos probabilísticos sempre que se tenha conhecimento daqueles.²⁰³

O indício, como legítimo meio de prova, há de ser analisado pelo juiz, dentro do modelo de persuasão racional motivado sobre as provas constantes do feito, inexistindo hierarquia entre as provas.

O STF²⁰⁴ tem entendimento pacífico de aceitar condenação penal com base em prova meramente indiciária, desde que os indícios sejam fortes e suficientes para a operação lógica mencionada. Portanto, mais legítima se revela tal hipótese em sede de tutela jurisdicional da probidade administrativa, dada sua natureza cível.

Admitir a condenação por ato de improbidade a partir de indícios, outrossim, comunga com a vontade constitucional de aplicar os conseqüentes do art. 37, §4º, da Constituição, em decorrência de ato de improbidade, por emprestar máxima eficácia ao sistema de tutela da probidade.

Todavia, Medina²⁰⁵ faz um importante alerta, que merece integral colação:

Finalmente, cabe dizer que, mesmo na etapa do desencadeamento de investigação há que se exigir idoneidade de um indício. Lamentavelmente, não é raro constatar que autoridades públicas se utilizem de elementos informativos inidôneos, ou notícias de fatos atípicos, para respaldar ações estatais que, de um modo ou de outro, afetam e adentram as esferas juridicamente protegidas de liberdades dos cidadãos. A submissão de um cidadão ao poder investigatório do estado há de obedecer rituais jurídicos, resguardando-se direitos fundamentais contra o arbítrio, a prepotência ou mesmo a arrogância de representantes do Estado.

Outra questão inerente à presunção de inocência com reflexos na tutela da probidade é a ausência de obrigatoriedade de produção de provas contra si.

Ao passo que do princípio da presunção de inocência decorre que o indivíduo não está obrigado a declarar contra seus próprios interesses, inclusive em sede de improbidade administrativa, disso não decorre que suas atitudes nesse sentido mereçam a indiferença do intérprete e aplicador do sistema de tutela da probidade, que

²⁰³ DINAMARCO, ob. cit., p. 211.

²⁰⁴ HC 70344, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 14/09/1993, DJ 22-10-1993 PP-22253 EMENT VOL-01722-02 PP-00300 e HC 68017, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/1990, DJ 27-04-1990 PP-03425 EMENT VOL-01578-02 PP-00228 RTJ VOL-00131-03 PP-01205

²⁰⁵ MEDINA, ob. cit., p.498.

não pode ser, segundo Medina, ingênuo ou “distante de saudáveis critérios de razoabilidade na interpretação dos fatos e da realidade”.²⁰⁶

Os silêncios desmesurados ou uso reiterado de expressões do tipo “reservo-me o direito de ficar calado”, largamente utilizados pelos réus-ímprobos, exigem, por força do cânone hermenêutico do art. 37, §4º, da Constituição, que se interprete tal conduta, quando desarrazoadas, ilógicas, absurdas ou direcionadas a criar perplexidades, criticamente e em consonância com demais atos e provas.²⁰⁷

Ademais, é dever do juiz registrar a recusa em depor, e considerá-la em sua cognição e persuasão, no seguintes termos do CPC:

Art. 345. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.

Naturalmente, do silêncio desmesurado ou uso de respostas evasivas resultará inerente a culpabilidade do réu-ímprobo.

Outra questão que merece ser abordada refere-se, à luz do princípio da presunção de inocência, a possibilidade de uso, pelo réu-ímprobo, de provas ilícitas que revelem sua inocência.

Por força do Princípio da vedação da prova ilícita, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, como garantido pelo art. 5.º, LVI, da Constituição, entendendo-as como aquelas colhidas em infringência às normas de direito material, configurando-se importante garantia em relação à ação persecutória do Estado, seja na seara penal, seja na seara em comento.

A norma constitucional não esclarece se a vedação distingue provas para fins acusatórios ou defensivos.

Assim, se o réu-ímprobo, na instrução da ação de improbidade, produz provas ilícitas que comprovam sua inocência, poderia tais provas serem consideradas? Poderia o intérprete e aplicador do sistema de tutela da probidade levar em conta tais provas?

O plenário do Supremo Tribunal Federal²⁰⁸ já respondeu as indagações acima perpetradas, assentando que:

²⁰⁶ MEDINA, ob. cit., p.499.

²⁰⁷ MEDINA, ob. cit., p.499

²⁰⁸ STF - Pleno - HC n°80.724/SP - Rel. Min. Ellen Gracie, 20-3-2001, p. 2

"(...) é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5.º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Posteriormente, o Ministro Celso de Mello²⁰⁹ fixou que

"a norma inscrita no art. 5.º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 60/82, 1990, *Forense Universitária*; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, em *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre - pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 62, 1990, *Forense Universitária*). A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule*, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados

²⁰⁹ AP 307, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995 PP-34247 EMENT VOL-01804-11 PP-02104 RTJ VOL-00162-01 PP-00003

Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligidas, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967; Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961; Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).

A doutrina constitucional, todavia, passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções que poderiam levar em casos de excepcional gravidade.

Destarte, com base no Princípio da Proporcionalidade, haveria provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, que poderiam ser utilizadas, havendo possibilidade de, em casos que se percebe que o direito do Estado de ter os consequentes atingidos é menor que os direitos dos réus-ímprobos, permitir-se sua utilização.²¹⁰

Segundo Medina, em tais hipóteses, que, repita-se, são excepcionalíssimas, sobretudo em sede de ação de improbidade administrativa, o réu-ímprobo poderá ser punido pela obtenção das provas por meio ilícitos, mas o intérprete e aplicador do sistema de tutela da probidade deve considerar essa prova no processo, por força, inclusive, segundo o referido autor, do princípio da presunção de inocência.²¹¹

É preciso considerar que a aceitação de provas ilícitas, mormente em sede de ação de improbidade, só ocorrerá em hipóteses excepcionalíssimas, mormente na potencialidade de aplicação de consequentes graves, como suspensão de direitos políticos. Todavia, não em decorrência do princípio da presunção de inocência, mas sim, ao que nos parece, em razão do princípio da proporcionalidade.

Luiz Francisco Torquato Avolio, analisando a aplicação do princípio da proporcionalidade na questão da admissibilidade das provas ilícitas assim se manifesta:²¹²:

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um

²¹⁰ Morais, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 112.

²¹¹ MEDINA, ob. cit., p.516. Para o autor, a possibilidade de uso de prova ilícita decorre do princípio da presunção de inocência, e, para o mesmo, seria uma das mais importantes funções e consequências da presunção de inocência, projetando efeitos de ordem material, condicionando, subjetiva e objetivamente, decisões sancionadoras” (in *Direito Administrativo Sancionador*., p.516).

²¹² AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.43.

princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.

Para finalizar, vejamos as tensões entre o princípio em tela e o manejo de medidas cautelares.

Como visto as medidas cautelares desempenham um papel fundamental na realização prática dos consequentes constitucionais do art. 37, §4º, da Constituição, e, por conseguinte, na promoção da efetividade da tutela jurisdicional da probidade administrativa.

Todavia, em alguma medida, a concessão de medidas cautelares em ações de improbidade estaria ofendendo o Princípio da presunção de inocência?

Da defesa anteriormente perpetrada pelo manejo das medidas cautelares, não se pode ignorar a importância dos direitos de defesa e das aparências de culpabilidade, como medidas de proporcionalidade para o uso e concessão dos referidos instrumentos.

Como dito, o princípio em tela não tem a força de proteger o réu-ímprobo de todas as aparências de culpabilidade, cedendo para o *fumus boni juris*, quando da aplicação de medidas cautelares.

Assim, a presunção de inocência não resta vulnerada diante de tais afirmações, visto que decorre da flexibilidade que se deve emprestar a essa cláusula constitucional.²¹³

Medina²¹⁴ alerta que o princípio da presunção de inocência

(...) não protege os infratores ou indivíduos contra todas as possíveis aparências de culpabilidade, ao contrário, permite o desenvolvimento e a aplicação de ferramentas cautelares voltadas à tutela das aparências e de outros valores inerentes ao setor público, a presunção de inocência cede espaço às decisões fundamentadas, alicerçadas em direito plausível.

Tais decisões devem ser claras, razoáveis e racionalmente motivadas.

Assim, as técnicas cautelares e antecipatórias não esvaziam a presunção de inocência, apenas limitam seus efeitos e seu campo de alcance, reduzindo a dimensão normativa em benefício de outras normas igualmente importantes

²¹³ MEDINA, ob. cit., p.518

²¹⁴ MEDINA, ob. cit., p.518

constantes, também, do sistema de tutela da probidade administrativa, em prol da persecução dos consequentes constitucionais.²¹⁵

Portanto, uma vez indubitável a presença do espectro da presunção de inocência no processo que tutela a probidade administrativa, eis os contornos do princípio, de forma que seja útil para a defesa do réu-ímprobo, e para a higidez do próprio processo, em consonância com as demais normas componentes do sistema de tutela da probidade administrativa.

4.3. Direitos de defesa em sede de ação de improbidade administrativa

A garantia dos direitos de defesa é garantia da própria higidez do processo e, por conseguinte, de sua efetividade. Como dito, e repetido, anteriormente, processo anulável, em nenhuma medida, pode ser considerado processo efetivo.

Medina²¹⁶ bem delimita as tensões entre efetividade da tutela da probidade e o princípio da ampla defesa, nos seguintes termos:

O processo é finalisticamente orientado à busca do equilíbrio de forças, paridade de armas e preservação da presunção de inocência, ao mesmo tempo que se volta à apuração das responsabilidades cabíveis e imposição das sanções pertinentes. Nesse balanço de direitos em rota de potencial colisão, os processos punitivos se prestam a valorações e escalonamentos diferenciados dos direitos de defesa, aqueles que bloqueiam atitudes arbitrárias e permitem uma equação justa dos problemas ventilados.

Doravante faremos algumas considerações sobre a ampla defesa especificamente no processo que se tutela a probidade administrativa.

De início, vale realçar que o art. 17, § 11, da Lei de Improbidade traz dispositivo de inegável relevo para a melhor compreensão da amplitude da defesa do requerido, especificamente quanto a defesas processuais, ao preconizar que “em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o Juiz extinguirá o processo sem julgamento de mérito.”

Ainda, a garantia constitucional da ampla defesa abre portas ao réu-ímprobo cumular defesas em ordem sucessiva, ainda que logicamente incompatíveis entre si, desde que essa incompatibilidade não chegue ao ponto extremo de caracterizar

²¹⁵ MEDINA, ob. cit., p.519

²¹⁶ MEDINA, ob. cit., p.519

malícia, ou litigância de má-fé. Tal é o chamado princípio da eventualidade, que visa a assegurar a efetividade da defesa ampla, cujos fundamentos serão depois apreciados pelo juiz.²¹⁷

Como mencionado anteriormente, em afronta à unidade do sistema, ou seja, de forma inconstitucional, a MP 2.225-45, de 04.09.01, alargou desproporcionalmente os direitos de defesa do réu-ímprobo, criando um complexo regime de recebimento da inicial.

A MP incluiu o § 7º no art. 17 da Lei de Improbidade, criando uma defesa preliminar, determinando a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, facultando a sua instrução com documentos e justificações, de forma que o Juiz possa, através de um contraditório prévio, aferir a viabilidade do prosseguimento da mencionada postulação.

Tal procedimento, inapelavelmente, agride a celeridade e a economia processual, sem nenhum benefício às partes, exceto eventual intuito procrastinatório que ofende a unidade interna e a coerência do sistema de tutela da probidade

A justificativa da alteração é feita por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes²¹⁸, em atualização do clássico “Mandado de Segurança”, de Hely Lopes Meireles, nos seguintes termos:

Trata-se de disciplina que objetiva, justamente, dissuadir aqueles que pretendam ajuizar demandas levianas, ou com inconfessáveis propósitos políticos, de prosseguir com tais práticas reprováveis.

O parág. 7o. do art. 17 cria uma fase de defesa prévia dos réus, com a possibilidade de juntada de razões escritas e documentos, após o quê o juiz poderá rejeitar a ação de plano, na forma do parág. 8o. Somente após a defesa prévia é que juiz receberá a ação e mandará efetivamente citar o réu (parág. 9o.) — decisão, esta, impugnável por agravo de instrumento (parág. 10). O objetivo do novo procedimento, que a princípio pode parecer repetitivo, é o de filtrar as ações que não tenham base sólida e segura, obrigando o juiz — com a possibilidade de recurso ao tribunal — a examinar efetivamente, desde logo, com atenção e cuidado, as alegações e os documentos da inicial, somente dando prosseguimento àquelas ações que tiverem alguma possibilidade de êxito e bloqueando àquelas que não passem de alegações especulativas, sem provas ou indícios concretos. O instituto da defesa preliminar, existente no direito penal para os funcionários públicos (CPP, art. 514), como antecedente ao recebimento da denúncia, funciona como proteção moral para o agente público acusado, para quem o simples fato de ser réu pode já implicar mancha na sua reputação. Abre-se a possibilidade de uma defesa antes de a ação ser recebida, de molde a cortar

²¹⁷ DINAMARCO, ob. cit., p.311

²¹⁸ MEIRELES, Hely. *Mandado de Segurança*. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 225

pela raiz aquelas ações que se mostrem levianas ou totalmente sem relação com a realidade dos fatos.

O dispositivo em tela da Lei de Improbidade se inspirou livremente no art. 514 do CPP, nos casos em que impõe a prévia ouvida do funcionário público, antes de recebida a denúncia nos crimes funcionais próprios, previstos nos arts. 312 a 327 do Código Penal.

A despeito da obrigatoriedade da notificação prévia, o STJ²¹⁹ tem assentado que, com fulcro no princípio da *pas des nullité sans grief*, que não havendo prejuízo ao réu-ímprobo, a ausência de notificação não gera nulidade do processo, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALÍNEA "C". MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO APONTADA. NÃO-CONHECIMENTO. ARTS. 480 E 481 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEI 8.429/1992. DEFESA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA. EXORDIAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ACUSADO. PAS DES NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Inviável o conhecimento do Recurso com base na alínea "c" do permissivo constitucional, pois o paradigma trata de matéria não prequestionada (possibilidade de cumulação das sanções por improbidade administrativa). Ademais, não houve o necessário cotejo analítico.

2. Não se conhece da suposta violação do art. 535 do CPC se o recorrente não aponta objetivamente qual teria sido a omissão e qual a relevância para o deslinde da demanda.

3. O Tribunal de origem não se manifestou, nem sequer implicitamente, a respeito dos arts. 480 e 481 do CPC, o que impede sua análise em Recurso Especial (Súmula 211/STJ).

4. A Ação Civil Pública é via adequada para demandas relativas à improbidade administrativa. Precedentes do STJ.

5. A defesa preliminar é oportunidade para que o acusado indique elementos que afastem de plano a existência de improbidade, a procedência da ação ou a adequação da via eleita. Nesses casos, o juiz rejeitará a inicial. Interpretação do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 em harmonia com o § 8º do mesmo dispositivo.

6. Hipótese em que ocorreu instrução administrativa prévia por meio de inquérito civil e o juiz, ao apreciar a exordial, verificou que havia no processo elementos sólidos para a sua convicção quanto às condições da ação.

²¹⁹ REsp 944.555/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 20/04/2009.

7. Inexistência de prejuízo para o réu, como decorrência direta da ausência de defesa preliminar, constatação essa ratificada pelo Tribunal de origem.

8. A decretação de nulidade dos atos processuais posteriores, por falta de defesa preliminar, só é cabível quando se verificar efetivo prejuízo ao contraditório ou à ampla defesa.

9. Se inexistir dano, não há falar em nulidade (*pas de nullité sans grief*). Precedentes da Segunda Turma.

10. A declaração da nulidade pela simples carência de defesa prévia, a par de ser um exagerado formalismo, agrediria a celeridade e a economia processual sem nenhum benefício real e legítimo às partes, exceto a procrastinação, que não pode ser agasalhada pelo Judiciário.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido.

Emerson Garcia e Rogério Alves denunciam a impropriedade desse complexo regime de recebimento da inicial, argumentando que a não realização da ouvida do réu “não prejudica a sua defesa”, pois tem ele o ensejo de apresentá-la posteriormente, a teor dos §§. 9º e 11, do art. 17 da Lei de Improbidade.²²⁰

Aliás, na prática, observamos que tal regime se revela absolutamente inócuo. Os réus-ímprobos têm, no momento da defesa prévia, talvez por desconhecimento da técnica da Lei de Improbidade, apresentado autênticas contestações, versando, por vezes alongadamente, sobre questões de mérito. E, uma vez recebida, com a citação, repetem, rigorosamente, a mesma peça no prazo da resposta do réu, a título de contestação.

Em síntese, qualquer desrespeito que se observe, no trâmite da ação de improbidade administrativa, à inteireza da garantia constitucional do devido processo legal, seja quanto ao procedimento, seja quando aos seus atos de impulsão, abre-se à parte requerida a oportunidade de impugnação do ato eivado de ilegalidade, que poderá contaminar todo o processo, sendo-lhe assegurado atuar por meio de qualquer das modalidades recursais disponíveis.

A amplitude do direito de recorrer atua sem qualquer impedimento no processo da ação civil calcada em ato de improbidade administrativa.

A garantia do direito de recorrer se insere no texto da própria Constituição Federal, derivada da competência recursal dos Tribunais. Ademais, o art. 5º, LV, da constituição assegura expressamente, quando disciplina o devido processo legal e a ampla defesa, “os recursos a ela inerentes”, o que importa em concluir que os recursos se integram e compõem o conceito de “ampla defesa”.

²²⁰ GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 785

Quanto a tanto vale a colação de Flávia Romero Campos:²²¹

Não são poucos os críticos que acoimam o sistema recursal brasileiro de excessivamente amplo e farto, muito generoso mesmo, em espécies impugnativas das decisões judiciais, quer se considerem os meios disponíveis para adversar os provimentos proferidos nas instâncias primárias, quer se leve em conta os existentes para dar combate às soluções prolatadas nos Tribunais Superiores e Cortes de Justiça.

A diversidade recursal é certamente explicável por várias razões, algumas até de ordem histórica, tendo em vista que os mais diversos recursos foram sendo criados, ao longo do tempo, muitas vezes ao sabor de inovações legislativas extravagantes, sem maior ou mesmo mais demorada atenção ou preocupação com a sua desejável sistematização em corpo de doutrina, potencialmente residente no Código de Processo Civil.

A decisão do Juiz que recebe a inicial da ação de improbidade administrativa e lhe dá normal seguimento se classifica como interlocutória, tanto que suporta o recurso de agravo de instrumento, conforme previsão expressa no art. 17, §10º, da Lei de Improbidade.

A apelação terá cabimento, no processo contra ato de improbidade administrativa, segundo a norma codificada no art. 162, §1º, do CPC, quando a decisão judicial puser termo ao feito, ou seja, quando o extinguir, decidindo, ou não, o mérito da causa.

Assim, resta evidente que a apelação poderá ser interposta contra a sentença definitiva, que decide o mérito da demanda de improbidade administrativa, julgando-a procedente ou improcedente, bem como contra a decisão que rejeita o recebimento da sua inicial ou reconhecida a inadequação da ação de improbidade, com fundamento, respectivamente nos §§8º e 11, do art. 17 da Lei de Improbidade, pois, em ambas as hipóteses, terá havido a extinção do processo sem julgamento do mérito.

A apelação deverá ser recebida nos seus efeitos clássicos, o devolutivo e o suspensivo, qualquer que seja o conteúdo da decisão, isso porque o duplo efeito é da estrutura ordinária ou normal do regime jurídico da Apelação, somente deixando de assim ser, quando a lei processual expressamente o declara, nos termos do art. 520 do CPC.

²²¹ CAMPOS, Flávia Romero. *Quatro Estudos de Processo Civil*. Fortaleza: O Curumim sem Nome, 2003, p. 45

No julgamento da apelação o Tribunal aplicará, com inteira liberdade, todas as normas e regras cabíveis nessa modalidade recursal, inclusive, se for o caso, a do julgamento imediato previsto no art. 515, §3º do CPC, bem como poderá anular a sentença e devolver o feito ao juízo de origem, nas hipóteses em que tal solução é a adequada segundo a rotina do procedimento civil comum ordinário.

As ações de improbidade julgadas improcedentes, que importem em valores superiores a 60 salários mínimos, em que sejam autoras ou assistentes litisconsorciais a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público estarão, por força da remessa necessária do art. 475 do CPC, sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada a sentença.

Não caberá remessa necessária quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente, conforme o §3º do art. 475 do CPC.

Esgotados os recursos, far-se-á a coisa julgada.

Todavia, dentre os modelos de coisa julgada possíveis, dada a lacuna a respeito na Lei de Improbidade, qual se adequaria com maior consonância ao sistema de tutela da probidade administrativa conforme sua norma fundante?

Certamente, é o entendimento de que, dada a natureza da ação de improbidade, como uma ação civil pública, e a concorrência de legitimados ativos, aplicar-se-ia o regime de coisa julgada previsto no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Em outras palavras, uma vez extinta a demanda, pela improcedência da ação, por ausência de provas, não cabendo mais recursos, será possível a renovação da demanda, por ação própria, desde que com novas provas.²²²

Trata-se, portanto de coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, ou seja, que permite a proposição de outra ação com idêntico fundamento, desde que se valendo de nova prova.

²²² GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 798.

Quando se tutela, via ação de improbidade, a probidade administrativa, tutela-se, outrossim, o direito difuso a uma administração pública proba e honesta, o que exige a incidência de vários aspectos do regime da Lei da Ação Civil Pública, quando lacunosa a Lei de Improbidade²²³.

Ademais, como bem defende Emerson Garcia e Rogério Alves, a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus* é a que melhor evita que demandas mal instruídas acabem por inibir a devida aplicação dos conseqüentes constitucionais.²²⁴

Outro aspecto corolário da ampla defesa é o direito a informação por parte do réu-ímpuro. A informação é condição essencial ao exercício da plena defesa.²²⁵

Daí, a citação será uma garantia processual fundamental, com todos seus dados necessários, mormente a petição inicial, visto que, como dito, a ciência do réu-ímpuro é condição básica de validade do feito.

Embora seja possível falar-se em revelia na ação de improbidade, é certo que seu efeito de gerar presunção de veracidade, nos termos do art. 319 do CPC, não poderá incidir, dada a natureza dos direitos vertentes, conforme dicção do art. 320, II, também, do CPC.

Forte indicativo nesse sentido é o exposto no art. 17, §1º, da Lei de Improbidade, segundo o qual é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade.²²⁶

Todavia, o processo deve seguir sua marcha mesmo com a ausência do réu-ímpuro, pois a revelia é uma figura consuetudinária com os direitos de defesa, pois ninguém pode beneficiar-se do fato de haver desaparecido sem deixar vestígios, nem mesmo aos mais íntimos.²²⁷

Portanto, esgotadas as tentativas de citação possíveis e razoáveis, admiti-se a citação ficta, com prosseguimento normal do feito.²²⁸

Vale, ainda, algumas considerações sobre a formação de litisconsórcio passivo necessário em sede de Ação de Improbidade.

223 GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 798.

224 GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 798.

225 MEDINA, ob. cit., p.519.

226 GARCIA e ALVES, ob. cit., p. 714

227 MEDINA, ob. cit., p.524.

228 MEDINA, ob. cit., p.524.

O litisconsórcio necessário decorre *ex vi legis* ou por conta da natureza da relação jurídica existente entre os litisconsortes, hipóteses nas quais o juiz deve, necessariamente, decidir a causa de modo invariável para todos os litisconsortes.

É muito comum na tutela jurisdicional da probidade administrativa atos de improbidade a partir de negócios jurídicos nulos, em especial contratos administrativos com fraude à prévia licitação. Nessas hipóteses, é possível cumular os conseqüentes clássicos da Lei de Improbidade com o pedido de nulidade do contrato, o que exige atenção para a questão da formação do pólo passivo.

No contrato administrativo nulo há o ente contratante, apresentado pelos agentes públicos, e a empresa contratada, apresentada de acordo com seu estatuto ou contrato social, tendo, uma ou ambas as partes, com dolo, concorrido para a nulidade.

Movida a ação de improbidade com o fito de, entre outros, anular ou declarar a nulidade de um negócio jurídico administrativo, todos aqueles que compõem o negócio jurídico devem integrar, necessariamente, a relação jurídica processual. Do contrário, como aponta Teresa Arruda A. Wambier, “além de contrária ao Direito, criaria um paradoxo: um mesmo negócio seria tido por nulo, para um dos participantes, e válido para outros.”²²⁹

Com efeito, aquele que, na apresentação do contratante ou contratado, tenha agido com culpa em sentido amplo para a nulidade do negócio e para a improbidade, restará, naturalmente, como réu da ação de improbidade, em relação aos conseqüentes clássicos (ressarcimento, multa, perda da função...). Os demais participantes do negócio, que estavam de boa fé, também figurarão no pólo passivo da ação de improbidade, mas tão somente para sofrerem os efeitos da coisa julgada referente à nulidade do negócio.

Eis as principais considerações que tínhamos, especificamente, na defesa em ação de improbidade, realçando-se, por fim, que o direito de defesa é, em dada medida, disponível, pois o Estado não pode obrigar a alguém a defender-se.²³⁰

O que se deve resguardar é a garantia de oportunizar defesas, garantia esta imprescindível à higidez do processo.

²²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ação civil Pública – Ação de Improbidade Administrativa – Ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário – Conseqüências – Forma de Impugnação*. São Paulo: RT, RePro, Ano 31, nº 139, set/2006, p.231.

²³⁰ MEDINA, ob. cit., p.526.

4.4 Prescrição e Decadência em favor do réu-ímprobo

Prescrição e decadência são fenômenos que, analisados a partir da extinção de direitos ou de posições jurídicas de vantagens, estão associados ao efeito do tempo, à inércia do titular do direito ou posição de vantagem.²³¹

Em sede de tutela jurisdicional da probidade, a situação não é diferente. O fator tempo pode inibir, de forma absoluta, a consecução pelo Estado dos consequentes previstos no art. 37, §4º, da Constituição, esvaindo-se a exigibilidade dos consequentes. É que os consequentes constitucionais atingíveis por meios de tutelas (des)constitutivas e condenatórias podem se exaurir com o decurso de prazos, respectivamente, decadenciais e prescricionais.

A prescrição é a perda da pretensão. Somente há pretensão se houver lesão, e somente há lesão nos direitos a uma prestação, ou seja, nos direitos a um crédito²³². Em outras palavras, só haverá prescrição se a demanda for condenatória.²³³

Assim, o ajuizamento da demanda que verse sobre direitos a uma prestação depende da presença de uma pretensão, ou seja, de um direito subjetivo exigível. Tal pretensão, como dito, subordina-se a um prazo, dentro do qual deve ser exercida.

Direitos outros que não se sujeitem a um crédito, não geram pretensão, não estando, portanto, sujeitos a um prazo prescricional²³⁴. Assim, os interesses em tutelas (des)constitutivas, em nome da segurança jurídica, devem ser exercitados num prazo, todavia, decadencial.²³⁵

O prazo prescricional pode ser interrompido, suspenso ou renunciado, ao passo que o prazo decadencial não pode ser objeto de renúncia, interrupção ou suspensão, de acordo com o regime geral dos arts. 197 a 202, e 207, Código Civil.

Na ação de improbidade, como são várias as tutelas a serem alcançadas, de diferentes naturezas, algumas submeter-se-ão a prazos prescricionais, outras a prazos decadenciais, e outras serão imprescritíveis.

²³¹ GRINNOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa – decadência e Prescrição. Porto Alegre: Notadez, Interesse Público, Ano 7, nº 33, set./out. de 2005, p.55.

²³² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 65.

²³³ AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. São Paulo: RT, Revista dos Tribunais, v. 300.

²³⁴ AMORIM FILHO, op. cit., p. 128.

²³⁵ CUNHA, ob. cit., p. 65.

Começemos pelas tutelas pelas quais se alcança a finalidade de restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, “Ressarcimento integral do dano” e “Perda de bens ou valores acrescidos ao patrimônio”.

Do que foi dito anteriormente, dentro do regime geral da prescrição, como se trata de autênticas “pretensões”, ou seja, busca de direitos os quais se exige uma prestação do ímprobo condenado, num primeiro momento, tais pretensões estariam sujeitas a prazos prescricionais.

Todavia, o constituinte, expressamente, nos termos do art. 37, §5º, afastou a perda da pretensão para as pretensões as quais se exige do ímprobo o restabelecimento do *status quo ante*, nos seguintes e claríssimos termos:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Tal norma, constante do sistema de tutela da probidade, deve ser interpretada consoante a norma fundante do sistema, de forma a considerarmos que a expressão “respectivas ações de ressarcimento” contemplam todas as medidas judiciais que pretendam o restabelecimento do *staus quo ante* para a posição anterior ao ato de improbidade.

Qualquer interpretação menor ofende, frontalmente, o impositivo desejo constitucional do art. 37, §4º, no qual, o ato de improbidade importará no ressarcimento do dano, tomando a expressão “ressarcimento do dano” em seu sentido amplo, ou seja, restabelecendo os danos ao erário e desfazendo os enriquecimentos ilícitos acumulados a partir do erário.

Tal posição, todavia, sofre crítica de parte da doutrina, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover²³⁶, Fábio Osório Medina²³⁷, Marcelo Colombelli Mezzomo²³⁸,

²³⁶ GRINNOVER, Ada Pellegrini. Op cit., p.63.

²³⁷ O autor (in OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000), quanto ao tema, assim indaga: “Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, caput, do CP) sujeita-se a prazo prescricional, porque uma ação de danos materiais ao erário escaparia desse tratamento?”

²³⁸ Para o autor (in MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A imprescritibilidade das ações ressarcitórias decorrentes de atos de improbidade administrativa: um equívoco hermenêutico*. Disponível em: [HTTP://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade.htm](http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade.htm). Acesso em 13.dez.2009) o que o texto constitucional quis foi “afastar a possibilidade de que a prescrição dos ilícitos administrativos tivesse repercussão sobre a esfera patrominial”. E continua: “Mas isto não significa que não se pudesse estabelecer prazos iguais para todas as espécies de sanções por ato de improbidade, como acabou por fazer o artigo 23 da Lei 8.429/92.”

Sérgio Ferraz²³⁹ e Rita Tourinho²⁴⁰, que, em suma, sustentam pela prescritibilidade da pretensão ressarcitória.

Outra pretensão, claramente um “direito a um crédito”, para utilizar a expressão de Leonardo José Carneiro da Cunha, refere-se à pena de multa civil. Esta sim estaria sujeita a prazo prescricional, na forma a ser tratada mais adiante.

Passado o prazo prescricional, o restabelecimento do *staus quo ante* pode ser perseguido pelas ações próprias, mas a pretensão de multa extinguir-se-á pelo decurso do tempo previsto na própria Lei de Improbidade, como veremos mais à frente.

Quanto aos interesses na segregação do poder público, tuteláveis pela perda da função pública e suspensão dos direito políticos, temos que se tratam de consequentes tuteláveis mediante tutelas (des)contituivas, logo, sujeitas a prazos decadenciais.²⁴¹

A despeito da Lei de Improbidade não falar em prazo decadencial, os prazos constante do seu art. 23 referentes aos consequentes mencionados no parágrafo anterior, na verdade, estarão sujeitos ao regime decadencial. Melhor dizendo, em se tratando de perda da função pública e suspensão dos direito políticos, os prazos do art. 23 não podem ser objeto de renúncia, interrupção ou suspensão.

Por fim, a proibição de contratar com o poder público, como autêntica obrigação de não fazer, submete-se, também, a prazos prescricionais.

O que deve fazer o juiz diante de uma ação de improbidade com decurso dos prazos prescricionais e decadenciais?

Na hipótese, o juiz não poderá aplicar os consequentes de multa e proibição de contratar com o poder público, salvo se o ímprobo renunciar ao prazo prescricional. Tampouco poderá aplicar, dado o transcurso do prazo decadencial, os consequentes de perda da função pública e suspensão dos direito políticos.

Todavia, poderá declarar a ocorrência do ato de improbidade, dado que tutelas declaratórias não se sujeitam a prescrição ou decadência, e condenar nos consequentes de ressarcimento e perdimentos de bens, de modo a restabelecer o *status quo ante*.

²³⁹ FERRAZ, Sérgio. *Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coords.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 377-378.

²⁴⁰ TOURINHO, Rita. *A prescrição e a lei de improbidade administrativa*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>. Acesso em 13.dez.2009.

²⁴¹ GRINNOVER, Ada Pellegrini. *Op cit.*, p.69.

A importância de se declarar a existência de improbidade cometida pelo réu, ainda que os outros interesses tenham sido exterminados pelo tempo, terá importância para efeitos de reincidência em ações de improbidade posteriores em face do mesmo réu. Nas ações posteriores, deve o magistrado considerar a declaração do processo anterior para os fins do parágrafo único do ar. 12 da Lei de improbidade.

Como dito, o artigo 23 da Lei de Improbidade disciplina o instituto da prescrição, ou da decadência, conforme o caso, nas ações de improbidade administrativa, de modo a preferir às demais normas específicas sobre o tema²⁴².

Para os ímprobos que exercem mandato, cargo em comissão ou de função de confiança, as sanções prescrevem e decaem em cinco anos a partir do término da investidura.

O dispositivo contempla todos aqueles que exercem mandatos públicos, por investidura a qualquer título, seja por eleição, designação ou nomeação, bem como o pessoal contratado com base no art. 37, IX, da Constituição, os convocados, requisitados e os delegados de função pública.²⁴³

Na hipótese de reeleição, para o mesmo mandato eletivo, seria razoável considerar o marco inicial do prazo prescricional o término do segundo mandato, tendo como um dos argumentos a interpretação teleológica da norma, visto que ao relacionar o termo inicial da prescrição com o fim do vínculo, evita-se qualquer utilização do cargo pelo agente, a influir na apuração dos fatos²⁴⁴.

Nas hipóteses as quais é necessária a desincompatibilização para concorrer a mandato eletivo, tratando-se de detentor de mandato eletivo, caso concorra a mandato diverso do que ocupa, sendo, neste caso, exigida a desincompatibilização pelas regras eleitorais, o termo *a quo* do prazo prescricional será a partir da saída do cargo.²⁴⁵

Já para os agentes públicos, titulares de cargos efetivos ou empregos, o prazo prescricional, nos termos do art. 23, II, será aquele previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

²⁴² Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

²⁴³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. ob. cit. p. 372

²⁴⁴ MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa- Comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 248.

²⁴⁵ DECOIMAN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. Ed. Dialética. São Paulo:2007, p. 282.

No caso dos empregados públicos, regidos pela legislação trabalhista, não lhes são aplicadas as regras do Estatuto dos servidores públicos. Nesta hipótese, entende a doutrina que o prazo prescricional seja equivalente àquele previsto na legislação acerca do regime jurídico dos servidores públicos da correspondente administração direta²⁴⁶.

De igual forma, quanto aos particulares beneficiados ou colaboradores do ato ímprobo, o STJ decidiu que deverão ser aplicados os mesmos prazos prescricionais relativos ao servidor faltoso que com ele tenha concorrido²⁴⁷.

O art. 142, e parágrafos, da Lei nº 8.112/90, regula o prazo prescricional do processo administrativo disciplinar relativo aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais²⁴⁸.

Para os referidos servidores, o prazo prescricional ou decadencial será de cinco anos, salvo se o ato de improbidade também for previsto como crime, caso em que o prazo corresponderá à extinção da punibilidade que dispõe a lei penal, conforme § 2º do art. 142.

Ressalte-se que o §3º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 dispõe ser causa interruptiva de prescrição a instauração de sindicância ou processo disciplinar. Pode-se ainda argumentar que o processo administrativo disciplinar validamente instaurado interrompe o prazo prescricional, reiniciando-se a contagem após cento e quarenta dias, nas hipóteses de rito ordinário, ou cinquenta dias, nos casos de rito sumário, da abertura da instauração da portaria.

De acordo com o § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, o prazo começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. Apesar da legislação ser silente com relação à quem deveria conhecê-lo, deve-se atentar para o entendimento jurisprudencial

²⁴⁶ DECOIMAN, ob. cit., p. 282/283.

²⁴⁷ REsp nº 704.323/RS e REsp nº 965.340/AM.

²⁴⁸ Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.

§ 1o O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2o Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3o A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4o Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

de que o início do prazo prescricional ou decadencial seria do conhecimento inequívoco do fato pela Administração .

O STJ, todavia, enfrentou a questão deixando de aplicar corretamente o cânone hermenêutico unificador do sistema, negando máxima eficácia ao sistema em foco na sua missão constitucional de tutelar a probidade administrativa.

Segundo o STJ²⁴⁹, o conhecimento do fato ímprobo deflagrador do prazo prescricional ou decadencial pode ser pela Administração em geral, e não necessariamente pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar, beneficiando, de sobremaneira o ímprobo, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO.

INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. ART. 142, § 1.º, DA LEI N.º 8.112/90.

DATA EM QUE O FATO SE TORNOU CONHECIDO PELA ADMINISTRAÇÃO, E NÃO NECESSARIAMENTE PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

1. O art. 142, § 1.º, da Lei n.º 8.112/90 – o qual prescreve que "O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido"–, não delimita qual autoridade deverá ter obtido conhecimento do ilícito administrativo. Dessa forma, não cabe ao intérprete restringir onde o legislador não o fez.
2. Ademais, consoante dispõe o art. 143 da Lei n.º 8.112/90, qualquer autoridade administrativa que tomar conhecimento de alguma irregularidade no serviço público deverá proceder à sua apuração ou comunicá-la à autoridade que tiver competência para promovê-la, sob pena de responder pelo delito de condescendência criminosa.
3. Desse modo, é razoável entender-se que o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à apuração de infrações puníveis com demissão ou cassação de aposentadoria, comece a correr da data em que autoridade da Administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor, e não apenas a partir do conhecimento das irregularidades pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar.
4. Na hipótese, admitida a ciência das irregularidades, pelo Superintendente Regional do INCRA, em maio de 1995 e sendo de 5 (cinco) anos o prazo para o exercício da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 142, inciso I, da Lei n.º 8.112/90, resta configurada a prescrição, já que o processo administrativo disciplinar que culminou com a aplicação da pena de cassação de aposentadoria do ora Impetrante foi instaurado apenas em 28/03/2005.
5. Segurança concedida.

²⁴⁹ MS 11.974/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2007, DJ 07/05/2007 p. 274.

Ademais, quanto à questão da ciência pela Administração para início do prazo prescricional ou decadencial, é preciso, quanto à Administração Pública Federal, fazer referência ao Parecer-AGU n.º GQ-55, vinculante para toda a Administração Federal por força do art. 40, §1º, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União²⁵⁰, segundo o qual, acertadamente, consoante a vontade constitucional de, efetivamente, combater a corrupção: "A inércia da administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo".

Ainda sobre a questão do termo *ad quo* do prazo prescricional, é preciso fixar a interpretação para duas questões diuturnamente ocorrentes, que o sistema não trata diretamente: primeira, qual o prazo, e seu termo inicial, quando o agente ímprobo foi titular, concomitantemente, de cargo efetivo e função comissionada? Segunda, qual o prazo, e seu termo inicial, nos casos de ato de improbidade em co-autoria?

O STJ já enfrentou ambas questões.

Quanto ao primeiro ponto, duas situações são bem definidas. Se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo. Todavia, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. E se for titular de cargo efetivo e de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança? Ressalte-se que na maioria dos órgãos públicos a chefia cabe a um servidor efetivo, detentor de cargo efetivo, que assume a chefia a partir de da função comissionada correspondente.

Emerson Garcia e Rogério Alves²⁵¹ trataram da questão com os seguintes argumentos, que merecem guarida, pela consonância com a norma aglutinadora do sistema de tutela da probidade:

Estando a individualização do lapso prescricional associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial, resta analisar se tal operação será influenciada pela possível existência de vínculos outros, por vezes com duração mais ampla, e que, se levados em consideração, redundariam na postergação o redução do lapso prescricional. À guisa de ilustração, vale mencionar a situação do

²⁵⁰ Lei Complementar nº73, de 10 de fevereiro de 1993.

²⁵¹ GARCIA e ALVES, ob cit., p. 507.

parlamentar que pratique ato de improbidade quando e em razão exclusiva do exercício da função de Presidente da Casa Legislativa; ou do membro de determinada Instituição que seja afastado de suas funções regulares para ocupar cargo em comissão na estrutura da administração superior.

Nesses casos, entendemos que o termo inicial da prescrição não coincidirá com o termo final do vínculo jurídico que possibilitou a prática do ato de improbidade.

Inicialmente, deve-se lembrar que o vínculo subsequente somente foi estabelecido face à existência do vínculo antecedente, sendo ambos condições à prática do ato, justificando seja o vínculo originário o epicentro de análise. Acresça-se, ainda, que, em se tratando de vínculo temporário, a ratio do art. 23 da Lei n. 8.429/1992 é associar o início da prescrição à dissolução daquele; e, no caso de vínculo definitivo, a prescrição seria direcionada pelo mesmo lapso fixado para a punição de faltas disciplinares, o que permite concluir pela desinflência das funções intermédias desempenhadas pelo agente.

O STJ²⁵², consoante o entendimento acima esposado, ao enfrentar a questão, entendeu que, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo da improbidade, deve prevalecer o regime aplicável aos cargos efetivos, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI N.8.429/92, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMITANTE OU NÃO. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM DETRIMENTO DO TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.429/92.
2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado.
3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina.
4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23,

252 REsp 1060529/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009.

II, no caso de vínculo definitivo – como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego –, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias – como as comissionadas – desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo.

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.

6. Recurso especial provido, para reformar o acórdão do Tribunal de origem em que se julgaram os embargos infringentes (fl. 617) e restabelecer o acórdão que decidiu as apelações (fl. 497).

Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo temporário.

Outra questão a ser enfrentada refere-se ao início do prazo prescricional quando existirem vários réus. Deverá o termo a quo do prazo prescricional contar individualmente, a partir da desvinculação do cargo de cada servidor ou deverá tal prazo ser iniciado após a desvinculação do último co-réu.? Por certo, como visto, deverá prevalecer o entendimento que emprestar maior eficácia às normas do sistema de tutela da probidade.

De fato, aderiu o STJ²⁵³ a segunda corrente, por entender que tal exegese vai ao encontro do princípio da isonomia, uma vez que o co-réu que se desvinculasse primeiro poderia não responder pelos atos de improbidade, enquanto aquele que deixou para se desligar da administração posteriormente responderia.

Eia a decisão da Primeira turma:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. ARTIGO 23, I, DA LEI 8.429/1992. INDIVIDUALIZAÇÃO. AFASTAMENTO.

I - O prazo prescricional quinquenal descrito no artigo 23, I, da Lei nº 8.429/1992, somente começa a fluir após ter o último réu se desligado do serviço público, alcançando assim a norma a maior eficácia possível, viabilizando a repressão aos atos de improbidade administrativa.

II - Tal exegese vai ao encontro do princípio da isonomia, uma vez que o co-réu que se desvinculasse primeiro poderia não responder pelos atos de

²⁵³ REsp 1071939/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 22/04/2009

improbidade, enquanto aquele que deixou para se desligar da administração posteriormente responderia.

III - Recurso especial provido.

Segundo o voto do relator, Ministro Francisco Falcão, que merece guarida pela consonância com norma mater do sistema de tutela da probidade, o prazo prescricional quinquenal descrito no artigo 23, I, da Lei nº 8.429/1992, somente começa a fluir “após ter o último réu se desligado do serviço público, alcançando assim a norma a maior eficácia possível, viabilizando a repressão aos atos de improbidade administrativa.”

Por fim, vale ressaltar que, conforme o art. 219, § 1º, do CPC, a interrupção se dará com a citação regular, retroagindo-se à data da propositura da ação.

Eis, portanto, as considerações reputadas pertinentes acerca dos prazos prescricionais e decadenciais que correm em favor do réu-ímprobo.

5. EFETIVIDADE DA TUTELA JURIDICIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DOS AGENTES POLÍTICOS

Do que fora dito até o presente momento, salvo algumas ressalvas pontuais²⁵⁴, o regime jurídico do sistema de tutela da probidade administrativa aplica-se, na sua integralidade, e sem distinções, aos agentes públicos em geral, incluindo, naturalmente, os agentes políticos.

Todavia, após a decisão prolatada na Reclamação Constitucional nº 2.138/DF²⁵⁵, a tutela jurisdicional da probidade administrativa, quando tiver como réu um agente político, merece um capítulo próprio, sobretudo em razão dos efeitos que a

²⁵⁴ A exemplo da questão do afastamento cautelar dos agentes políticos.

²⁵⁵ EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

(Rcl 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094)

prerrogativa de foro criada exerce na própria efetividade da tutela da probidade, visto que o STF, na ocasião, fixou que é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, que qualquer atentado à probidade administrativa configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado que comete ato de improbidade, usurpa a competência do Supremo.

O julgamento da Reclamação levou 5 anos para ser concluído, período em que o país viu e sentiu o desprestígio do princípio da moralidade administrativa, com multiplicidade de denúncias e pouca efetividade no resgate do princípio, absolutamente puído em casos e escândalos que ocuparam a mídia por significativo lapso de tempo²⁵⁶.

Outrossim, a responsabilidade do agente político por ato de improbidade merece capítulo destacado por outra razão, notada por Flávio Cheim Jorge. Segundo pesquisa quantitativa realizada pelo autor, a partir da análise das ações de improbidade que chegaram ao STJ, e receberam julgamento colegiado, 77% (setenta e sete por cento) refere-se exclusivamente a agentes políticos. Ademais, 67% (sessenta e sete por cento) desses agentes políticos, réus em ações de improbidade administrativa, foram condenados.²⁵⁷

A referida Reclamação, como dito, acabou por criar um regime peculiar para agentes políticos, subtraindo a competência do juízo de primeiro grau, quando se tratar de agentes políticos, que, necessariamente, como veremos, reflete na própria efetividade da tutela jurisdicional da probidade.

Ressalte-se que o STJ, no RESP nº 456649/MG²⁵⁸, acompanhou o STF e proferiu decisão no sentido de que os agentes políticos não estão sujeitos ao regime

²⁵⁶ Para ficar em alguns exemplos de casos de maior repercussão ocorridos ao longo do processamento da Rcl 2.138/DF: 2001: Violação do painel do Senado; 2002: Caso Lunus; 2003: Operação Anaconda; 2004: Caso Waldomiro Diniz e Máfia dos Vampiros; 2005: Mensalão e Mensalinho; 2006: Quebra do sigilo do caseiro, Máfia das Sanguessugas e Dossiê Cuiabá; 2007: Operação Têmis, Operação Hurricane e Caso Renan Calheiros; 2008: Escândalo dos cartões corporativos, Escândalo da Bancoop e Esquema de desvio de verbas no BNDES.

²⁵⁷ JORGE, Flávio Cheim. *A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa?* São Paulo: RT, REPRO, vol. 131, janeiro de 2006, p.258.

²⁵⁸ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VOTO DIVERGENTE DO RELATOR.

1. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se em definir se a conduta do ex-prefeito, consistente na negativa do fornecimento de informações solicitadas pela Câmara Municipal,

pode ser enquadrada, simultaneamente, no Decreto-lei n.º 201/67 que disciplina as sanções por infrações político-administrativas, e na Lei n.º 8.429/92, que define os atos de improbidade administrativa.

2. Os ilícitos previstos na Lei n.º 8.429/92 encerram delitos de responsabilidade quando perpetrados por agentes políticos diferenciando-se daqueles praticados por servidores em geral.

3. Determinadas autoridades públicas não são assemelhados aos servidores em geral, por força do cargo por elas exercido, e, conseqüentemente, não se inserem na redução conceitual do art. 2º da Lei n.º 8.429/92 ("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"), posto encartados na lei que prevê os crimes de responsabilidade.

4. O agente político exerce parcela de soberania do Estado e por cause atuam com a independência inextensível aos servidores em geral, que estão sujeitos às limitações hierárquicas e ao regime comum de responsabilidade.

5. A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como "crime de responsabilidade", de natureza especial.

6. A Lei de Improbidade Administrativa admite no seu organismo atos de improbidade subsumíveis a regime jurídico diverso, como se colhe do art. 14, § 3º da lei 8.429/92 ("§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares."), por isso que se infere excluída da abrangência da lei os crimes de responsabilidade imputáveis aos agentes políticos.

7. O Decreto-lei n.º 201/67, disciplina os crimes de responsabilidade dos a dos agentes políticos (prefeitos e vereadores), punindo-a com rigor maior do que o da lei de improbidade. Na concepção axiológica, os crimes de responsabilidade abarcam os crimes e as infrações político-administrativas com sanções penais, deixando, apenas, ao desabrigo de sua regulação, os ilícitos civis, cuja transgressão implicam sanção pecuniária.

8. Conclusivamente, os fatos tipificadores dos atos de improbidade administrativa não podem ser imputados aos agentes políticos, salvo através da propositura da correspondente ação por crime de responsabilidade.

9. O realce político-institucional do thema iudicandum sobressai das conseqüências das sanções inerentes aos atos ditos ímprobos, tais como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

10. As sanções da ação por improbidade podem ser mais graves que as sanções criminais tout court, mercê do gravame para o equilíbrio jurídico-institucional, o que lhe empresta notável colorido de infração penal que distingue os atos ilícitos civis dos atos ilícitos criminais.

11. Resta inegável que, no atinente aos agentes políticos, os delitos de improbidade encerram crimes de responsabilidade e, em assim sendo, revela importância prática a indicação da autoridade potencialmente apenável e da autoridade aplicadora da pena.

12. A ausência de uma correta exegese das regras de apuração da improbidade pode conduzir a situações ilógicas, como aquela retratada na Reclamação 2138, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, que por seu turno, calcou-se na Reclamação 591, assim sintetizada: "A ação de improbidade tende a impor sanções gravíssimas: perda do cargo e inabilitação, para o exercício de função pública, por prazo que pode chegar a dez anos. Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal Supremo. Entretanto a admitir a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do STF e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. Vê-se que se está diante de solução que é incompatível como o sistema." 13. A eficácia jurídica da solução da demanda de improbidade faz sobrepor-se a essência sobre o rótulo, e contribui para emergir a questão de fundo sobre a questão da forma. Consoante assentou o Ministro Humberto Gomes de Barros na Rcl 591: "a ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do direito civil. A circunstância de a lei denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais." 14. A doutrina, à luz do sistema, conduz à inexorável conclusão de que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da lei de improbidade. O fundamento é a prerrogativa pro populo

previsto na Lei de Improbidade, em virtude da natureza especial do cargo por eles ocupados.

Prefacialmente, é preciso descrever a própria decisão emanada da Rcl. nº 2.138/DF, para, em seguida, analisarmos-la criticamente, e, por fim, verificarmos se ainda seria aplicável a casos análogos.

A Rcl. nº 2.138/DF, proposta pela União em favor do então Ministro de Ciência e Tecnologia, Ronaldo Mota Sardemberg, questionou a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, sustentando, em suma, que os

e não privilégio no dizer de Hely Lopes Meirelles, verbis: "Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. (...) Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas.

Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados (cit. p. 77)" (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., p. 76).

15. Aplicar-se a Lei de Improbidade, cegamente, pode conduzir à situações insustentáveis enunciadas pelo voto preliminar do Ministro Jobim, assim descritos: a) o afastamento cautelar do Presidente da República (art. 20, par.

único. da Lei 8.429/92) mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b, c; c o art. 86, caput); ou ainda o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo: b) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do Congresso Nacional e do presidente da Câmara dos Deputados nas mesmas condições do item anterior, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o STF (CF, art. 102, I, b) e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II);

c) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do STF, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau;

d) o afastamento cautelar ou definitivo de Ministro de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas, de Governador de Estado, nas mesmas condições dos itens anteriores;

e) o afastamento cautelar ou definitivo do procurador-geral em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores"

16. Politicamente, a Constituição Federal inadmitte o concurso de regimes de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei de Improbidade e pela norma definidora dos Crimes de Responsabilidade, posto inaceitável bis in idem.

17. A submissão dos agentes políticos ao regime jurídico dos crimes de responsabilidade, até mesmo por suas severas punições, torna inequívoca a total ausência de uma suposta "impunidade" deletéria ao Estado Democrático de Direito.

18. Voto para divergir do e. Relator e negar provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, mantendo o acórdão recorrido por seus fundamentos.

(REsp 456649/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006 p. 237)

agentes políticos não responderiam por atos de improbidade, uma vez que já estariam sujeitos às regras relativas aos crimes de responsabilidade, cujos tipos assemelham-se àqueles constantes da Lei de Improbidade.²⁵⁹

Inicialmente, o relator, o então Ministro Nelson Jobim, hoje Ministro da Defesa, reconheceu que a Lei de Improbidade possui um realce político-institucional, com forte conteúdo penal em virtude das sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos previstas na referida Lei.

Reconheceu, também, que o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos, necessitando aqueles de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. Por fim, concluiu que, estando os agentes políticos sujeitos ao regime especial de responsabilidade, a eles não aplicam as regras comuns da Lei de Improbidade.

Ressalte-se que tais argumentos estão muito bem delineados no artigo “Ação de Improbidade Administrativa - Competência”, de autoria conjunta de Arnold Wald e do hoje Ministro e Presidente do STF Gilmar Ferreira Mendes, publicado na revista Jurídica Consulex, Ano I, nº 5, de 31 de maio de 1997, que, conforme respectivas citações, serviram de base para a Reclamação e para o voto do relator.²⁶⁰

Ao final, após intensos debates, concluiu-se pela procedência da Reclamação, por seis votos a cinco, ou seja, pela não aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, no caso, garantindo que ministro de Estado e outras autoridades mencionadas na Lei nº 1.079/1950 têm direito a foro privilegiado para não ser julgado com base na lei.

Segundo o relator, além da *ratio decidendi* já referida, o julgamento de um agente político, como Ministro de Estado, por um juiz de primeira instância é incompatível com a Constituição Federal, por força do art. 102, I, “c”, que concede prerrogativa de foro a essas autoridades.

Nesse sentido, votaram Gilmar Mendes, a ministra Ellen Gracie e os ministros Maurício Corrêa, César Peluso e Ilmar Galvão.

²⁵⁹ A reclamação foi preparada e interposta pela Advocacia-Geral da União, que pugnou pela extinção do referido processo, que corria na primeira instância da Justiça Federal de Brasília. Questionou-se, com base nos referidos argumentos, a condenação aos conseqüentes da Lei de Improbidade, pelo uso indevido de jato da Força Aérea Brasileira, em uma viagem de férias a Fernando de Noronha.

²⁶⁰ Ressalta-se que o Ministro Gilmar Mendes, coerentemente, manteve a posição firmada no artigo e votou consoante o Relator, dando provimento à Reclamação.

O ministro Carlos Velloso foi o primeiro a votar contra, iniciando a dissidência, seguido por Joaquim Barbosa, segundo o qual “não há como impedir a coexistência de dois tipos de responsabilização”, por Lei de Improbidade e de crimes de responsabilidade, usando como parâmetro de comparação o fato de se poder responder a ações penais e civis, simultaneamente. Ademais, o Ministro Joaquim Barbosa ressaltou em seu voto que a manutenção do entendimento do relator levará a “impunidade absoluta”, senão à “rebananização da República”.

O ministro Marco Aurélio também votou pela improcedência do pedido, reforçando a importância da independência entre as esferas administrativa, civil e penal, registrando que haveria “preconceito contra a primeira instância, mas o legislador foi sábio, prevendo no artigo 20 da Lei de Improbidade, que a perda da função só ocorrerá com o trânsito em julgado”. Celso de Mello e Sepúlveda Pertence também acompanharam a dissidência inaugurada pelo então ministro Carlos Velloso.

Eis, portanto, o entendimento fixado pelo STF, e, como dito, acompanhado por alguns tribunais, a exemplo do STJ.

Todavia, tal entendimento não pode prosperar.

É sabido que os agentes políticos possuem um sistema de responsabilidade próprio, em atenção à função que exercem no desenvolvimento das finalidades do Estado.

No que diz respeito a possíveis infrações de natureza político-administrativas, ditos agentes se submetem às sanções advindas dos intitulados “crimes de responsabilidade”, que compreendem a perda do cargo ou função, assim como a inabilitação para outro cargo público em determinado período de tempo.²⁶¹

A Constituição Federal, no art. 85, V, preconiza que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a probidade na administração.

Sabemos que o art. 85 e 37, §4º, da Constituição, bem como suas normas regulamentares, que conferem a eficácia às referidas normas constitucionais, compõem o mesmo sistema, e, logo, devem ser interpretadas sistematicamente, e de forma que confira máxima eficiência à finalidade do sistema o qual fazem parte: tutelar a probidade administrativa.

²⁶¹ JORGE, ob cit., 258.

Portanto, no que tange à dúvida acerca da aplicabilidade das normas, art. 85 e 37, §4º, a interpretação que confere máxima eficácia ao sistema é a que afirma a convivência de ambas sobre o mesmo fato, não a exclusão recíproca.

Quanto ao art. 85 da Constituição, complementarmente, no campo infraconstitucional, a Lei 1.079/50 regulamente e tipifica o crime de responsabilidade especificamente quanto ao Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Presidentes de Tribunais Superiores, Procurador Geral da República, Advogado Geral da União, Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições), Governadores ou Secretários de Estado; ao passo que o Dec.-lei 201/67, por sua vez, regulamenta os crimes de responsabilidade praticados pelo Prefeito Municipal e estipula o procedimento para julgamento perante a Câmara de Vereadores.

Assim, do cruzamento das normas constitucionais, e da Lei de Improbidade com a Lei nº 1.079/50 e o Dec.-lei 201/67, Flávio Cheim Jorge chega às seguintes conclusões acerca dos agentes públicos destinatários das normas do sistema de tutela da probidade:

1. Os chefes do Poder Executivo respondem por crimes de responsabilidade e serão julgados em razão deles: pelo Senado Federal (Presidente da República), pela Assembléia Legislativa (Governadores de Estado) e pela Câmara de Vereadores (Prefeitos);
2. Os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais são, outrossim, passíveis de condenação por crimes de responsabilidade, sendo os primeiros julgados pelo Supremo Tribunal Federal e os últimos pela Assembléia Legislativa do respectivo Estado;
3. Não há previsão legal de incidência de crime de responsabilidade para os Secretários Municipais;
4. As sanções impostas aos agentes políticos na esfera Federal e Estadual comportam a perda do cargo e a inabilitação por 5 (cinco) anos para o exercício de outra função, ao passo que na esfera Municipal ocorre somente a cassação;

5. A improbidade administrativa, enquanto elemento do tipo “crime de responsabilidade”, não se encontra prevista nas condutas praticadas pelo Prefeito Municipal;

6. Apesar de haver na Constituição Federal previsão de competência para o julgamento de crimes de responsabilidade por diversos agentes públicos, em tese somente podem praticar tais crimes aqueles arrolados pela Lei 1.079/50 e Dec.-lei 201/67;

7. Não respondem, portanto, por crimes de responsabilidade os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Estaduais e Federais, Vereadores), mas podem os mesmos ser cassados e inabilitados para funções públicas por quebra de decoro parlamentar (art. 56 da CF/1988 e art. 7 do Dec.-lei 201/1967).

E assim conclui o autor²⁶²:

Tudo isso serve para evidenciar que não é estranho ao sistema de responsabilização dos agentes públicos a existência de conseqüências das mais diversas ordens, por veículos e meios processuais diferentes. Logo, a possibilidade de aplicação de sanção político-administrativa no julgamento de crime de responsabilidade não afasta a utilização da Ação de Improbidade Administrativa, ainda que sejam geradas as mesmas conseqüências. É o que sucede, outrossim, com a ação de investigação eleitoral prevista na Lei Complementar 64/90, cuja conseqüência, como visto, também é a mesma (cassação e inelegibilidade).

Logo, é possível que, v.g., a prática de ato por um Prefeito Municipal enseje, por exemplo, conseqüências penais, previstas no Código Penal; administrativas, através da rejeição das contas e imposição de multa e ressarcimento ao erário, pelo Tribunal de Contas; eleitorais, por intermédio do ajuizamento de Ação de Investigação Eleitoral, com a possibilidade de cassação do mandato e inelegibilidade por três anos dos direitos políticos; político-administrativas, com a instauração pela Câmara dos Vereadores de processo por crime de responsabilidade, com a conseqüente cassação do mandato do prefeito, ou mesmo, com a propositura de ação de improbidade com a possibilidade de cassação do mandato, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público; civis, em decorrência da propositura de ação de improbidade administrativa, ação popular ou mesmo ação civil pública para ressarcimento do dano.²⁶³

²⁶² JORGE, ob cit., 264.

²⁶³ JORGE, ob cit., 264.

O entendimento esposado na Reclamação também desconsidera o princípio da separação entre as instâncias consagrado no art. 935 do Código Civil, visto que a ilicitude, enquanto contrariedade do fato à norma de direito, pode se estender a diversos ramos do mesmo ordenamento jurídico, podendo um único fato constituir tanto ilícito penal com civil, administrativo e disciplinar.²⁶⁴

A própria Constituição, no próprio art. 52, parágrafo único, dispõe que a punição pelos crimes de responsabilidade não impede a incidência de outras sanções judiciais cabíveis.²⁶⁵

Com efeito, a Constituição Federal, quando cuidou da proibidade administrativa, não se limitou apenas à afetação dos direitos políticos mediante a instauração e julgamento por crime de responsabilidade. Há, de fato, previsão expressa no sentido de que, quando se disciplina o seu cabimento contra o Presidente da República (art. 85, V, CF/88), idêntica sanção poderá lhe ser imposta através da ação de improbidade administrativa, que deve ser estendido aos demais agentes políticos.

Vale a releitura do art. 15 da Constituição, que, expressamente remete ao regime, ou melhor, ao instrumento, do art. 37, §4º, sem fazer distinções entre os destinatários da cassação dos direitos políticos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º, da CF/1988 .”

Logo, a limitação dos direitos políticos dá-se através da Lei de Improbidade, não havendo razão para restringir sua utilidade apenas para aqueles que não respondem por crime de responsabilidade, como sustentou o STF.

Rita Tourinho²⁶⁶ faz interessante análise do julgado, cujas considerações merecem transcrição literal:

Entendemos que tal posicionamento não deve prosperar. Uma, porque formulado por meio de uma construção sistemática, desconsiderando que a improbidade administrativa também possui sede

²⁶⁴MIRANDA, Gustavo Senna. Da impossibilidade de considerar os Atos de Improbidade Administrativa como crimes de responsabilidade. São Paulo: RT, REPRO, vol. 857, março de 2007, p.478.

²⁶⁵MIRANDA, ob. cit., p. 480.

²⁶⁶TOURINHO, Rita. Os golpes aplicados contra a eficácia da lei de improbidade administrativa e a proposta de criação do tribunal superior da proibidade administrativa. São Paulo: Zênite, Revista z^nite IDAF, vol. 91, fevereiro de 2009, p. 625

constitucional, da mesma forma que os crimes de responsabilidade. Duas, em virtude da independência das instâncias que não justifica a absorção da esfera cível da improbidade administrativa pela esfera político-penal dos crimes de responsabilidade. Três, porque a interpretação constitucional tem que levar em consideração aspectos sociopolíticos, sendo inegável a maior eficácia da Lei de Improbidade frente aos demais diplomas legais que combatem atos atentatórios à moralidade administrativa e ao patrimônio público.

Como sugerido pela autora em seu artigo, realmente vale a transcrição de trecho do voto do ministro Joaquim Barbosa, na Reclamação em tela, que considera a existência de regimes não excludentes sobre o mesmo fato, como dito pelo ministro, “com objetivos distintos”:

Há no Brasil uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica da lei 8.429/92, de tipificação cerrada mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (Lei 8.429/92, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atendem contra a probidade administrativa. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da Lei 1.079/1950. Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos.

Ademais, o entendimento do Supremo, por acabar criando prerrogativa de função aos agentes políticos mencionados, fragiliza a efetividade da tutela jurisdicional da probidade, numa patente afronta ao princípio do juiz natural, por desprezar o princípio da reserva legal em termos de atribuição de jurisdição.²⁶⁷

Tal entendimento também inibe a efetividade da tutela da probidade, pois a responsabilização pelos atos considerados crimes de responsabilidade só é possível enquanto o agente público estiver no cargo, conforme art. 15 da Lei 1.079/1950, segundo o qual “A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”.²⁶⁸

²⁶⁷ MIRANDA, ob. cit., p. 480.

²⁶⁸ MIRANDA, ob. cit., p. 480.

Com efeito, bastaria o agente político deixar o cargo antes do recebimento da denúncia para ser impossível sua responsabilidade pelos ilícitos político-administrativos previstos na Lei 1.079/50.²⁶⁹

Ademais, como anota Gustavo Senna Miranda, acrescente-se as notórias dificuldades de ter iniciado um processo por crime de responsabilidade, uma vez que para ser possível o julgamento, *v.g.*, pelo Senado, para responsabilização de Presidente da República, se exige o exame de admissibilidade pela Câmara, sendo desnecessário maiores comentários a respeito de como será moroso o caminho para se chegar finalmente a um julgamento, fato que não ocorre com as ações civis por atos de improbidade administrativa, que dispensam qualquer autorização legislativa para o seu processamento.²⁷⁰

Passadas tais considerações, vejamos a aplicabilidade da Reclamação a casos análogos.

De início, é preciso afastar a aplicação *ultra partes* da Reclamação. Os efeitos concretos, *inter partes*, produzidos pela Reclamação, não permitem sua aplicação como se irradiassem efeitos vinculantes e para todos.

Ademais, a Reclamação já sofrera *overruling*, de modo a não mais poder servir de precedente judicial, por mudança de posicionamento do STF, considerando-se que houve uma significativa modificação na sua composição de 2007 até o presente momento.

Ressalte-se que cinco dos onze ministros da atual formação do Supremo Tribunal Federal não manifestaram seus posicionamentos: José Antônio Dias Tofoli, Eros Roberto Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Ayres Brito.

Destaque-se, outrossim, que no mesmo dia do julgamento da Reclamação, em apreciação de caso análogo, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Ayres Brito posicionaram-se no sentido da possibilidade de submissão de agentes políticos ao regime da Lei de Improbidade, inclusive sem foro especial.

Eis, portanto, as considerações reputadas fundamentais acerca da responsabilização dos agentes políticos por ato de improbidade, que, em conclusão de

²⁶⁹ MIRANDA, *ob. cit.*, p. 484.

²⁷⁰ MIRANDA, *ob. cit.*, p. 484.

tudo que fora dito, deverão submeter-se à Ação de Improbidade, sem prerrogativa de função, como os agentes públicos em geral, sem exclusão de outros regimes de responsabilização.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve o escopo de propor condutas ao intérprete das normas que se referem à probidade administrativa, no sentido de tomá-las como um sistema, cuja unidade interpretativa dá-se a partir da norma constante do art. 37, §4º, da Constituição Federal.

Ademais, viu-se, outrossim, as tutelas adequadas e as medidas garantidoras do resultado prático Ação de Improbidade, de modo a alcançar máxima efetividade, com o efetivo restabelecimento do status quo ante, o afastamento do ímprobo e de seus colaboradores da coisa pública, e, por fim, com a punição dos mesmos, com a finalidade inibidora de reincidência em atos de improbidade.

Assim, o objeto dos parágrafos anteriores, e de todo o trabalho, ou seja, meios de interpretação e técnicas processuais adequadas, tiveram a finalidade comum de servirem como caminhos para o mesmo destino, que é a fixação de uma tutela efetiva da probidade administrativa.

Para tanto, analisamos diversos institutos, e enfrentamos um tanto de situações e divergências doutrinárias, com os devidos posicionamentos, cujas respectivas conclusões finais apresentamos a seguir.

A necessidade de uma tutela efetiva da probidade administrativa decorre dos múltiplos e graves efeitos decorrentes da corrupção no setor público, ou seja, efeitos políticos, administrativos, jurídicos, econômicos e sociais, cujas dimensões e diversidades podem atingir até mesmo gerações inteiras.

Assim, justifica-se a investigação, a partir da aplicação dos consequentes constitucionais previstos no art. 37, §4º, de meios e técnicas processuais verdadeiramente efetivas e adequadas de combater a improbidade administrativa e, consequentemente, suas sequelas.

Portanto, a corrupção, mormente a improbidade administrativa, tem como custo político o retardamento da maturação da consciência popular e o vilipêndio à democracia participativa. O custo político da corrupção esvaece a legitimidade da democracia, da escolha daquele que será investido para a administração da coisa pública, tornando o princípio democrático, base da civilização, em algo desacreditado

Quanto ao custo administrativo, a relação entre improbidade e organização administrativa ineficiente é tautológica, pois para a prática da corrupção exige-se uma organização administrativa ineficiente, ao passo que uma organização

administrativa ineficiente propicia a prática da corrupção. A despeito da relação tautológica, é possível concluir que a corrupção, para existir e permanecer, exige uma organização ineficiente, pouco transparente e bastante burocratizada.

Assim, há métodos e instrumentos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais de administração da coisa pública aptos a prevenir e combater a improbidade administrativa, que devem estar presentes nos programas de gestão de todos aqueles que cuidam da coisa pública.

Quanto ao custo jurídico, teme-se o risco de o sistema jurídico de tutela da probidade, cuja Lei de Improbidade é uma das normas de maior relevo, ganhar o rótulo de “legislação simbólica”, da espécie “legislação-álibi”, ou seja, aquela formulada pelo Legislativo tão somente, para “satisfazer as expectativas dos cidadãos”, todavia sem condições de efetiva aplicabilidade. O problema da legislação-álibi é que deixa o problema sem solução efetiva, além de obstruir o caminho para que sejam solucionados. O que se teme é o descrédito da legislação referente à tutela da probidade administrativa.

A Lei de Improbidade deve conquistar sua eficácia a partir da interpretação e aplicação dada pelos seus operadores, de modo que sirva como norma de conduta aos gestores públicos.

Quanto ao custo social, mormente no desvio de recursos destinados a programas sociais, tal fenômeno alcança, especialmente, as camadas mais pobres da população, que precisam de prestações estatais.

O custo econômico é sentido quando se verifica que, com o valor subtraído anualmente dos cofres públicos municipais, estaduais e federais, seria possível construir 538 mil casas populares, que poderiam propiciar moradia de boa qualidade a 2,1 milhões de brasileiros, dados indicativos de efeitos econômicos e sociais da improbidade administrativa.

Eis, portanto, os custos da corrupção no setor público, que precisam ser debelados, a partir dos instrumentos do sistema de tutela da probidade administrativa, composto por várias normas, processuais e materiais, que tratam da corrupção no setor público, cuja norma fundante está descrita no art. 37, §4º, da Constituição.

O plexo de normas do ordenamento pátrio que tratam de corrupção compõem um autêntico sistema normativo, e assim deve ser considerado, ainda que o legislador não o tenha intencionalmente concebido, necessitando, portanto, um esforço do aplicador das normas desse sistema. O legislador, ao editar as normas, deve ter

sempre em mente a idéia de unidade do sistema, não o fazendo, caberá ao intérprete e aplicador o esforço hermenêutico de conferir a unidade e organização desejadas.

A inefetividade da tutela da probidade dá-se, sobretudo, pelo tratamento assistemático das referidas normas, pela Administração e pelo Judiciário, que geram, como dito, decisões contraditórias com as proposições jurídicas anticorrupção, e, conseqüentemente, Ações de Improbidade Administrativa com resultados iguais a zero.

Deste modo, as normas anticorrupção, concebidas esparsamente, compõem, na verdade, um sistema jurídico, cujo único fim supremo interno, que está previsto no art. 37, §4º, da Constituição, é, em face daquele que tenha cometido ato de improbidade, puni-lo, afastá-lo da coisa pública e restaurar o *status quo ante*.

Portanto, independentemente do modelo de sistema, o que mais importa é delimitá-lo e buscar sua adequação valorativa, dotado de uma específica orientação teleológica.

No caso do sistema de tutela da probidade, a orientação teleológica é preservar o Princípio da Moralidade Administrativa, aplicando àquele que o afrontou os conseqüentes do art. 37, § 4º, da Constituição.

O art. 37, §4º, da Constituição, portanto, é o cânone hermenêutico de todas as normas anticorrupção, sendo, conforme e por meio dela, que todas devem ser interpretadas e aplicadas, de modo a dar máxima eficácia à realização dos conseqüentes, como se interpreta do referido cânone. Assim, não se deve desprezar o modo como o constituinte expressou sua intenção de punir o ato de improbidade.

O art. 37, § 4º, da Constituição, portanto, prevê, de forma clara e inequívoca, os conseqüentes desejados diante de um ato de improbidade: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, entre outros, na forma e gradação *secundum legem*. Eis, portanto, a perspectiva de efetividade a ser alcançada pela tutela jurisdicional da probidade, via Ação de Improbidade, na medida em que as exigências constitucionais são, materialmente, cumpridas.

Os conseqüentes do art. 12 da Lei de Improbidade podem ser divididos de acordo com o critério teleológico a ser alcançado: Finalidade de Restabelecimento do *status quo ante* (“Ressarcimento integral do dano” e “Perda de bens ou valores acrescidos ao patrimônio”), Pena propriamente dita (“Multa civil”) e Segregação do

poder público (“perda da função pública”, “suspensão dos direito políticos” e “proibição de contratar com o poder público”)

Os consequentes referidos têm naturezas diversas, logo, serão materialmente realizados por técnicas processuais diferentes, mas todas devem ser igualmente adequadas para igualmente atingirem a perspectiva de efetividade constitucionalmente desejada.

Assim, as técnicas processuais executivas ganham grande importância para o atingimento dos consequentes constitucionais do art. 37, § 4º, da Constituição, que assim se dividem de acordo com a finalidade a ser alcançada, em prol da tutela da probidade administrativa: o restabelecimento integral do *status quo ante*, o afastamento do ímprobo da coisa pública e punição dissuasiva, de modo que o ímprobo não mais reincida.

Se ressarcir, afastar o ímprobo da coisa pública e punir são necessidades de direito material diferentes, por óbvio, serão alcançadas por técnicas processuais diferentes. Desse modo, as técnicas devem se adequar às tutelas, logo o procedimento, a sentença e os meios executivos não podem ser neutros a tais necessidades de direito material.

Vejamos as conclusões acerca da tutela adequada dos consequentes de ressarcimento e multa civil que, apesar de terem naturezas distintas, visto que esta visa punir de forma franca e direta, enquanto aquela visa, naturalmente, ressarcir; ambas, contudo, têm a mesma forma de execução.

Ambas denotam obrigação de pagar quantia certa, a ser executada na forma do art. 475-J e seguintes do CPC, ou seja, na chamada execução forçada, pela qual o Estado intervém no patrimônio do devedor para tornar efetiva a vontade sancionatória, realizando, à custa do devedor, sem ou até contra a vontade deste, o direito do credor.

O consequente de perdimento de bens, que, como o ressarcimento, também visa restabelecer o *status quo ante*, como será analisado com mais vagar posteriormente, tem sistemática para sua realização prática um pouco diferente, apesar de guardar uma nítida natureza patrimonial. Para a proteção adequada à pretensão do Estado de perdimento, em seu favor, de bens adquiridos ilicitamente pelo ímprobo, em decorrência da relação funcional, exige-se uma tutela desconstitutiva, combinada com executiva *latu sensu*, exigindo o regime executivo do art. 461-A do CPC. Assim, individuado o bem acrescido ilicitamente ao patrimônio do condenado, que será objeto

do perdimento, o juiz desconstitui a propriedade em favor do ente lesado e, ato contínuo, concede a tutela específica.

A tutela específica vai depender da natureza do bem. Caso se trate de bem móvel, determinada pelo gênero e quantidade, o ente lesado a individualizará e, não sendo entregue pelo ímprobo condenado no prazo fixado, expedir-se-á em favor do ente mandado de busca e apreensão. Caso se trate de bem móvel, não sendo entregue no prazo, o juiz expedirá mandado de imissão na posse, tudo conforme do art. 461-A do CPC.

Opera-se a segregação do ímprobo da coisa pública a partir dos seguintes consequentes: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por determinado prazo e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado prazo.

Dos três meios pelos quais se alcança a referida finalidade, duas são de difícil realização, por diferentes razões.

A mais simples é a perda da função pública, realizável pelo simples comando judicial ao órgão ao qual o ímprobo está vinculado.

Vale ressaltar, em prol da efetividade e realização dos consequentes constitucionais, que, caso o ímprobo encontre-se, ao tempo da aplicação do consequente, na inatividade, poderá o magistrado anular a aposentadoria e decretar a perda da função pública.

A dificuldade de realizar suspensão dos direitos políticos decorre do procedimento previsto na legislação eleitoral, que exige o “procedimento de exclusão de eleitor”, para a sustação completa dos direitos políticos, ou seja, das capacidades eleitorais ativas e passivas.

É preciso repensar tal modelo de execução de tal consequente, para tornar a materialização da suspensão dos direitos políticos mais efetiva e célere.

A realização prática da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, também, é de difícil concretização.

Tal consequente transcende o ente federativo lesado pelo ato de improbidade, irradiando-se por todos os entes da federação, seus órgãos e entidades da

administração indireta. Dada a extensão do conseqüente para toda a administração pública, eis a dificuldade de realização completa do conseqüente.

Uma vez assentada o que seria uma tutela efetiva da probidade, ou seja, quais os resultados alcançados para que se possa considerar como efetiva a tutela da probidade, é preciso propor meios para tanto.

O acompanhamento da evolução patrimonial dos agente públicos revela-se como útil instrumento de acompanhamento da própria conduta do agente, e, conseqüentemente, meio hábil para, antecipada e efetivamente, tolher-se condutas que impliquem em atos de improbidade. Portanto, o monitoramento de evolução patrimonial revela-se um útil e eficaz instrumento para a tutela da probidade, ao alertar, com rapidez, sinais claros de atos de improbidade, dentre os mais graves, que são aqueles que proporcionam enriquecimento ilícito ao ímprobo.

Outro meio é a análise de condutas, seja no âmbito do Ministério público, a título de inquérito civil, seja no âmbito dos próprios entes desfalcados por atos de improbidade, por meio de procedimentos administrativos com fito de averiguar a ocorrência e a autoria de atos de improbidade administrativa.

Tais fatos podem chegar ao conhecimento do MP e demais autoridades mediante representações anônimas ou apócrifas devem ser, conforme a própria Convenção da ONU contra a Corrupção.

No bojo dos procedimentos em tela, é possível a requisição de certidões, informações, documentos, perícias, auditorias, exames, auditorias específicas a instituições como o Banco Central, Tribunal de Contas, Controladorias, requisitar laudos ao Instituto de Criminalística, documentos e certidões aos Cartórios de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos, a Receita Federal, a Mesa de Rendas, Capitania de Portos, Departamentos de Trânsito, Juntas Comerciais etc.; enfim, acesso direto a todas as informações patrimoniais, negociais, tributárias, relativas as pessoas investigadas sob suspeita de prática de ato de improbidade administrativa, tendo amplos poderes de investigação.

Tais procedimentos não são pressupostos processuais da Ação de Improbidade, que, como dito pode ser intentada independentemente da instauração ou conclusão de tais procedimentos, desde que o autor já detenha um mínimo de elementos que apontem a materialidade da improbidade e a sua autoria.

Ainda, é possível, ao longo do procedimento administrativo, que sobrevenham riscos que impeçam que o procedimento administrativo atinja sua

finalidade, conseqüentemente, atingindo a efetividade da própria e futura Ação de Improbidade.

Assim, ao longo da averiguação extraprocessual da ocorrência da prática de improbidade administrativa, seja pelo MP, seja no âmbito do ente lesado, é possível o manejo de medidas cautelares como busca e apreensão, exibição de documentos ou coisas (sobretudo os entes públicos que não tenham os poderes requisitórios do MP), produção antecipada de provas (para interrogatório da parte, inquirição de testemunhas ou exame pericial), arrolamento de bens (sobretudo no caso de indeferimento de indisponibilidade ou sequestro de bens).

Outra medida importante para a garantia da futura tutela jurisdicional da probidade, sobretudo no campo das provas, é a possibilidade de quebra do sigilo fiscal e bancário do ímprobo.

É possível, ainda, o afastamento cautelar do agente público réu da Ação de Improbidade. A medida reveste-se de caráter excepcional, sendo cabível, apenas, quando se fizer necessária à instrução processual, com fito de evitar a atuação dolosa do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, dificultando a realização de perícias, bem como realizando quaisquer outros atos capazes de criar dificuldades à elucidação dos fatos.

Todavia, é possível que o agente não ofereça riscos à instrução processual, mas, no exercício de suas funções, ao longo da Ação de Improbidade, ofereça riscos à moralidade administrativa e ao erário. Na hipótese, como medida cautelar inominada, seria possível o afastamento do agente de suas atividades específicas, sem afastá-lo do cargo ou função, para evitar a continuidade de atividades ímprobas, ainda que não haja risco à instrução processual, que é, como dito, requisito para o afastamento cautelar nominado do art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade.

Outra medida nominada na própria Lei de Improbidade é a possibilidade de decretação de indisponibilidade dos bens do réu ímprobo, de grande utilidade para a realização prática da finalidade de restauração do *status quo ante*, mormente mediante o conseqüente de ressarcimento ao erário.

A interpretação dos requisitos art. 7º da Lei de Improbidade, conforme a imperatividade do cânone hermenêutico das normas do sistema de tutela da probidade, pelo qual “dada a improbidade, dá-se a indisponibilidade de bens”, deve tomá-lo como uma tutela de evidência, dispensando-se prova de dilapidação dos bens do réu.

É possível, ainda o seqüestro de bens do réu. A medida em tela tem o fito de ser o instrumento adequado e garantidor da realização efetiva e material do conseqüente de “perdimento de bens e valores”, previsto na Lei de Improbidade, cuja finalidade é restabelecer o *staus quo ante*, que fora deturpado pelo ato de improbidade. Assim, o seqüestro cairá sobre o produto da improbidade, ou aqueles subrogados, afastando-se qualquer discussão sobre a titularidade da coisa, ou sobre riscos de perecimento ou desaparecimento.

Passadas as considerações sobre os meios garantidores de resultados práticos da Ação de Improbidade, vejamos nossas conclusões acerca dos direitos de defesa do réu, como garantidores da validade do processo, e, conseqüentemente, de sua própria efetividade.

O alcance das finalidades referidas nunca será completo e efetivo sem contraditório e ampla defesa, pois a efetividade é apenas mais uma das garantias que compõem o devido processo legal, embora não seja o único.

Não se nega a necessidade de reduzir a demora dos processos, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Na ação de improbidade administrativa, a observância do devido processo legal se espraia, como ocorre nas demais ações, por todas as suas fases, desde a postulatória até a sua satisfação.

Portanto, não há efetividade sem devido processo legal, que exige a feição de um processo justo, com contraditório e ampla defesa reais, sobretudo falando-se em Direito Administrativo Sancionador, em que uma das conseqüências é, para ficar num grave exemplo, a suspensão de direitos políticos.

Em conclusão, tudo que fora defendido em termo de instrumentalidade e efetividade do processo em prol da aplicabilidade dos conseqüentes, na mesma medida, vale, em nome da segurança jurídica, ombreada à efetividade do processo, para as exceções do réu, em prol da própria higidez da tutela da probidade.

As técnicas cautelares e antecipatórias não esvaziam a presunção de inocência, apenas limitam seus efeitos e seu campo de alcance, reduzindo a dimensão normativa em benefício de outras normas igualmente importantes constantes, também, do sistema de tutela da probidade administrativa, em prol da persecução dos conseqüentes constitucionais.

A garantia dos direitos de defesa é garantia da própria higidez do processo e, por conseguinte, de sua efetividade. Processo anulável, em nenhuma medida, pode ser considerado processo efetivo.

O fator tempo pode inibir, de forma absoluta, a consecução pelo Estado dos consequentes previstos no art. 37, §4º, da Constituição, esvaindo-se a exigibilidade dos consequentes. É que os consequentes constitucionais atingíveis por meios de tutelas (des)constitutivas e condenatórias podem se exaurir com o decurso de prazos, respectivamente, decadenciais e prescricionais.

Começemos a apresentação de nossas conclusões neste campos pelas tutelas pelas quais se alcança a finalidade de restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, “Ressarcimento integral do dano” e “Perda de bens ou valores acrescidos ao patrimônio”.

Dentro do regime geral da prescrição, como se trata de autênticas “pretensões”, ou seja, busca de direitos os quais se exige uma prestação do ímprobo condenado, num primeiro momento, tais pretensões estariam sujeitas a prazos prescricionais. Todavia, o constituinte, expressamente, nos termos do art. 37, §5º, afastou a perda da pretensão para as pretensões as quais se exige do ímprobo o restabelecimento do *status quo ante*.

Outra pretensão, claramente um “direito a um crédito”, para utilizar a expressão de Leonardo José Carneiro da Cunha, refere-se à pena de multa civil. Esta sim estaria sujeita a prazo prescricional.

Passado o prazo prescricional, o restabelecimento do *staus quo ante* pode ser perseguido pelas ações próprias, mas a pretensão de multa extinguir-se-á pelo decurso do tempo previsto na própria Lei de Improbidade.

Quanto aos interesses na segregação do poder público, tuteláveis pela perda da função publica e suspensão dos direito políticos, temos que se tratam de consequentes tuteláveis mediante tutelas (des)contituivas, logo, sujeitas a prazos decadenciais.

A despeito da Lei de Improbidade não falar em prazo decadencial, os prazos constante do seu art. 23, na verdade, estarão sujeitos ao regime decadencial. Melhor dizendo, em se tratando de perda da função publica e suspensão dos direito políticos, os prazos do art. 23 não podem ser objeto de renúncia, interrupção ou suspensão.

Por fim, a proibição de contratar com o poder público, como autêntica obrigação de não fazer, submete-se, também, a prazos prescricionais.

No campo da competência, após a decisão prolatada na Reclamação Constitucional nº 2.138/DF, a tutela jurisdicional da probidade administrativa, quando tiver como réu um agente político, foi esvaziada, pela criação de prerrogativa de foro, visto que o STF, na ocasião, fixou que é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, que qualquer atentado à probidade administrativa configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado que comete ato de improbidade, usurpa a competência do Supremo.

Portanto, no que tange à dúvida acerca da aplicabilidade das normas, a interpretação que confere máxima eficácia ao sistema é a que afirma a convivência dos regime de responsabilidade por crime de responsabilidade e por cometimento de ato de improbidade, ambas sobre o mesmo fato, não a exclusão recíproca.

A Constituição Federal, quando cuidou da probidade administrativa, não se limitou apenas à afetação dos direitos políticos mediante a instauração e julgamento por crime de responsabilidade. Há, de fato, previsão expressa no sentido de que, quando se disciplina o seu cabimento contra o Presidente da República (art. 85, V, CF/88), idêntica sanção poderá lhe ser imposta através da ação de improbidade administrativa, que deve ser estendido aos demais agentes políticos.

Eis, portanto, nossas conclusões acerca dos métodos para se buscar uma tutela da probidade mais efetiva e garantidora de resultados, que redundará no respeito à normas do sistema de tutela da probidade, à maior observância às regras de democracia participativa, a gestões administrativas mais organizadas e eficientes, além de ganhos sociais e econômicos inegáveis, tendo em vista uma seleção natural que fará restar tão somente gestores compromissados com o Princípio da Moralidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

- ABRITTA, Rafaelo. *A aplicação do Artigo 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992, no Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Revista IOB de Direito Administrativo, Ano II n.23, Nov/2007.
- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos*. Recife: Anuário do Mestrado em Direito, nº 05, 1992.
- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. São Paulo: RT, Revista dos Tribunais, v. 300.
- AVOLIO, Luiz Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa*. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRINDEIRO, Geraldo O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Revista Síntese Trabalhista, no. 87.
- CAMPOS, Flávia Romero. *Quatro Estudos de Processo Civil*. Fortaleza: O Curumim sem Nome, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das Multas tributárias*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- COPPOLA, Gina. *Do procedimento administrativo para apurar ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, arts. 14 e 15)*. São Paulo: Revista Zênite de Direito Administrativo, nº 99, out/2009.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2007.
- DECOIMAN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. Ed. Dialética. São Paulo: 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FERNANDES, Marcos. *A economia política da corrupção no Brasil*. São Paulo: SENAC São Paulo, 2005.

FERRAZ, Sérgio. *Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coords.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FIGUEIREDO, Vinicius. *Kant & A Crítica da Razão Pura*. São paulo: Jorge Zahar, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 19ª ed., 2007.

FILHO, Marino Pazzaglini. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, José Jairo. *Apontamentos sobre Improbidade Administrativa*. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINNOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa – decadência e Prescrição. Porto Alegre: Notadez, Interesse Público, Ano 7, nº 33, set./out. de 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: RT, 1973.

JORGE, Flávio Cheim. *A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa?* São Paulo: RT, REPRO, vol. 131, Jan./ 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Ícone, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997.

MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de Dinheiro - Análise Crítica das Leis 9.613, de 03 de Março de 1998 e 10.701 de 09 de Julho de 2008*. São Paulo: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa – Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Alguns meios de investigação da improbidade administrativa Publicado*. São Paulo: RT, REPRO, vol. 724.

MEDINA, Fábio Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005..

_____. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Responsabilidade Civil do Poder Público pelo manejo indevido de Ação de Improbidade Administrativa*. Porto alegre: Síntese. Revista de Direito Público, nº 10, out/Nov de 2005.

_____. *Responsabilidade Civil do Poder Público pelo manejo indevido de Ação de Improbidade Administrativa*. Porto alegre: Síntese. Revista de Direito Público, nº 10, out/Nov de 2005.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa- Comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na Ação de Improbidade administrativa. São Paulo: RT, RT, ano 97, vol. 867, jan./2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnold. Improbidade administrativa – Competência. São Paulo: Consulex. Revista Jurídica Consulex, Ano I, nº 5, maio de 1997.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A imprescritibilidade das ações ressarcitórias decorrentes de atos de improbidade administrativa: um equívoco hermenêutico. Disponível em: [HTTP://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade.htm](http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/imprescritibilidade.htm). Acesso em 13.dez.2009.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Da impossibilidade de considerar os Atos de Improbidade Administrativa como crimes de responsabilidade*. São Paulo: RT, REPRO, vol. 857, Mar/2007.

MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORIN, Edgar. *O Método*. São Paulo: Publicações Europa-América, 2001.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração pública*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PINHO, Judicael Sudário de. *Temas de Direito Constitucional e o STF*. São Paulo: Atlas, 2005.
- ROLIM, Luciano. *O periculum in mora nas medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: B. Cient. ESMPU, a. 6 – n. 24/25, Jul./2007.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. São Paulo: Forense: 1982.
- SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Síntese, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 351.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Improbidade Administrativa de dirigente de empresa estatal*. Belo Horizonte: Fórum, Revista Brasileira de Direito Público, Ano I n.1, abr/jun., 2003.
- The World Bank. 1998. *Corruption and Development*. Washington DC: PREMNotes, nº. 4, Maio/1998.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual, vol. 2*. São Paulo: Forense, 2008.
- TOURINHO, Rita. A prescrição e a lei de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>. Acesso em 13.dez.2009.
- TOURINHO, Rita. *Discricionariade Administrativa: Ação de Improbidade & controle Principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.
- _____. *Os golpes aplicados contra a eficácia da lei de improbidade administrativa e a proposta de criação do tribunal superior da probidade administrativa*. São Paulo: Zênite, Revista Zênite IDAF, vol. 91, Fev./ 2009.
- WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Ação civil Pública – Ação de Improbidade Administrativa – Ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário – Conseqüências – Forma de Impugnação*. São Paulo: RT, RePro, Ano 31, nº 139, set/2006, p.231.