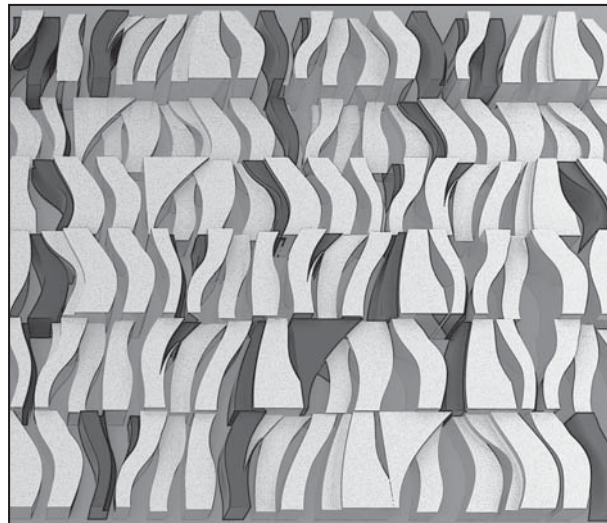


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 241

ANO 28

JANEIRO/FEVEREIRO/MARÇO 2016

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Chefe de Gabinete

Mariana Costa de Oliveira

Assessor

Frederico Leandro Gomes

Servidores

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnica em Secretariado

Maria Luíza Pimentel Melo

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055/3319-8003, Fax (61) 3319-8992

Revista do Superior Tribunal de Justiça. No. 1 (set. 1989). -- Brasília : STJ, 1989 - .

Periodicidade varia: Mensal, do no. 1 (set. 1989) ao no. 202 (jun. 2006), Trimestral a partir do no. 203 (jul/ago/set. 2006).

Volumes temáticos anteriores com diferentes organizadores e coordenadores na sequência dos fascículos: no. 241 organizado pelo Diretor da Revista, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e por Mariana Costa de Oliveira.

Repositório Oficial da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça/Editora Brasília Jurídica, set. 1989 a dez. 1998; Superior Tribunal de Justiça/Editora Consulex Ltda, jan. 1999 a dez. 2003; Superior Tribunal de Justiça/ Editora Brasília Jurídica, jan. 2004 a jun. 2006; Superior Tribunal de Justiça, jul/ago/set 2006-.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:
<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica>.

ISSN 0103-4286

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

RSTJ 24I - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ORGANIZADORES

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Mariana Costa de Oliveira

COLABORADORES

Benedito Cerezzo Pereira Filho	Juliana Bonacorsi de Palma
Bruno Meyerhof Salama	Marçal Justen Filho
Daniel Amorim Assumpção Neves	Márcio Cammarosano
Eduardo Lessa Mundim	Mariana Costa de Oliveira
Fábio Medina Osório	Maurício Zockun
Flávio Henrique Unes Pereira	Mauro Roberto Gomes de Mattos
Flávio Luiz Yarshell	Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Gina Copola	Ronaldo Vasconcelos
João Paulo Hecker da Silva	

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto (*Presidente*)

Ministra **Laurita** Hilário **Vaz** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministra Fátima **Nancy Andrighi** (*Corregedora Nacional de Justiça*)

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministra **Maria Thereza** Rocha de **Assis Moura**

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*Diretor da Revista*)

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo** Filho

Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva** (*Ouvidor*)

Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**

Ministro **Marco** Aurélio Gastaldi **Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**

Ministro **Sérgio** Luiz **Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena** Costa

Ministro **Rogério Schietti** Machado **Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo** Soares da **Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Resolução no. 19/1995-STJ, art. 3o.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1o., e 23.

CORTE ESPECIAL (Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Humberto Martins**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

PRIMEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Herman Benjamin** (*Presidente*)

PRIMEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Sérgio Kukina** (*Presidente*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

SEGUNDA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministra **Assusete Magalhães** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Diva Prestes Marcondes Malerbi** *

SEGUNDA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Raul Araújo** (*Presidente*)

TERCEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Moura Ribeiro**

QUARTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministra **Isabel Gallotti** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

* Desembargadora convocada (TRF3)

TERCEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Sebastião Reis Júnior** (*Presidente*)

QUINTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

SEXTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Rogério Schietti Cruz** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** (*Presidente*)

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Nefi Cordeiro** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Jorge Mussi** (*Presidente*)

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Moura Ribeiro** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Presidente*)

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Jorge Mussi** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*Presidente*)

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Og Fernandes** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Membros Suplentes

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM

Ministro **Humberto Martins** (*Diretor-Geral*)

Ministro **Herman Benjamin** (*Vice-Diretor*)

Ministro **Og Fernandes** (*Diretor do CEJ/CJF*)

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Corregedora-Geral*)

Ministro **Herman Benjamin** (*Efetivo*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*1º Substituto*)

Ministro **Jorge Mussi** (*2º Substituto*)



SUMÁRIO

RSTJ No. 241 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

APRESENTAÇÃO	19
JURISPRUDÊNCIA	
PRIMEIRA SEÇÃO	27
REsp 1.289.609-DF (Rel. Min. Benedito Gonçalves).....	29
REsp 1.366.721-BA (Rel. Min. Og Fernandes)	45
PRIMEIRA TURMA	101
REsp 1.066.772-MS (Rel. Min. Benedito Gonçalves)	103
REsp 1.405.748-RJ (Rel. Min. Regina Helena Costa)	120
REsp 1.407.249-PB (Rel. Min. Olindo Menezes)	141
REsp 1.461.882-PA (Rel. Min. Sérgio Kukina)	151
REsp 1.504.744-MG (Rel. Min. Sérgio Kukina)	157
REsp 1.536.895-RJ (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).....	165
REsp 1.558.038-PE (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho)	189
REsp 1.564.682-RO (Rel. Min. Olindo Menezes)	199
SEGUNDA TURMA	217
AgRg no AREsp 606.352-SP (Rel. Min. Assusete Magalhães)	219
REsp 1.081.743-MG (Rel. Min. Herman Benjamin)	239
REsp 1.337.911-PE (Rel. Min. Humberto Martins)	290
REsp 1.407.862-RO (Rel. Min. Mauro Campbell Marques).....	303
REsp 1.414.757-RN (Rel. Min. Humberto Martins)	358
REsp 1.438.344-SP (Rel. Min. Assusete Magalhães)	375
REsp 1.446.285-RJ (Rel. Min. Mauro Campbell Marques)	398

DOUTRINA

As Impropriedades da Lei de Improbidade	431
<i>BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO</i>	
Ensaio sobre a Coação Instrumental dos Controladores e a Ação Burocrática Defensiva.....	455
<i>BRUNO MEYERHOF SALAMA</i>	
<i>JULIANA BONACORSI DE PALMA</i>	
Reflexos do Novo CPC na Ação de Improbidade Administrativa	465
<i>DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES</i>	
Litiscônsórcio Passivo Necessário na Ação de Improbidade Administrativa.....	485
<i>EDUARDO LESSA MUNDIM</i>	
<i>Periculum in Mora</i> Presumido na Ação de Improbidade Administrativa.	499
<i>FÁBIO MEDINA OSÓRIO</i>	
Distribuição do Ônus da Prova no Processo de Improbidade Administrativa e o CPC 2015	511
<i>FLÁVIO LUIZ YARSHELL</i>	
A Tutela Antecipada na Ação de Improbidade Administrativa à Luz do Novo Código de Processo Civil	525
<i>GINA COPOLA</i>	
Efeitos da Colaboração Premiada e a Lei de Improbidade Administrativa.....	545
<i>JOÃO PAULO HECKER DA SILVA</i>	
<i>RONALDO VASCONCELOS</i>	
Desconsideração da Personalidade Societária e Responsabilização de Terceiros na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção	557
<i>MARÇAL JUSTEN FILHO</i>	
O Elemento Subjetivo na Improbidade Administrativa: por uma Responsável Motivação das Decisões Judiciais	577
<i>MÁRCIO CAMMAROSANO</i>	
<i>FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA</i>	
A Teoria da Bagatela na Ação de Improbidade	605
<i>MARIANA COSTA DE OLIVEIRA</i>	

O Agente Ímprobo segundo o Art. 3o. da Lei de Improbidade Administrativa.....	625
<i>MAURÍCIO ZOCKUN</i>	
A Medida Provisória no. 703/2015, que Revogou o § 1o., do Art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa Não Autoriza Transação ou Delação Premiada para fins de Demonstração de Indícios da Prática do Ato Ímprobo	631
<i>MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS</i>	
A Prescrição nas Ações de Improbidade Administrativa: Questões Atuais.....	647
<i>RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA</i>	
ÍNDICE ANALÍTICO	669
ÍNDICE SISTEMÁTICO	683
SIGLAS E ABREVIATURAS	687
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	693

APRESENTAÇÃO

I

A Revista do Superior Tribunal de Justiça tem, como se sabe, a vocação institucional de divulgar a jurisprudência da Casa, inclusive, quando possível, acompanhada de notas e comentários de especialistas, como se tem feito, o que contribui, sem dúvida alguma, para estabelecer de maneira mais doutrinária as diretrizes judicantes que os seus eminentes Ministros adotam e aplicam na solução das demandas que afloram a esta Corte; não há hesitação em se afirmar que essa orientação editorial merece todos os encômios e aplausos, o que não tem sido negado por ninguém, tanto do público interno do Tribunal, como do seu público externo, representado por doutrinadores e estudiosos da mais elevada qualificação, advogados públicos e privados, bem como membros do Ministério Público e professores universitários.

Este número da Revista do STJ que ora se põe em circulação dá seqüência a uma outra vertente jurídica investigativa, por certo tão importante quanto a primeira, e que consiste em colecionar e divulgar trabalhos cientificamente elaborados sobre temas que se apresentam desafiadores de compreensões mais amplas e mais verticais e estudos igualmente mais aprofundados, no intuito de melhorar a sua inteligência e a sua abrangência e, ainda, aumentar o quociente de reflexões intelectuais ainda mais apuradas.

É por isso que esta edição da Revista traz no seu contexto esmerados trabalhos doutrinários de juristas da melhor cepa, que enfocaram certos aspectos particularmente importantes da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), cuja aplicação que já se distende por mais de 20 anos ainda provoca debates consistentes e frequentemente desuniformes; é claro que os temas aqui abordados pelos estudiosos certamente não alcançarão unânime assentimento dos juristas, dos especialistas e dos julgadores, o que deve ser entendido como efeito natural das suas respectivas posições científicas, mormente quando estas se concentram em assuntos que são, por natureza, controversos ou ainda não assentados definitivamente.

Sem embargo disso, deve-se reconhecer que provocar o debate e suscitar discussões é, com certeza, o principal escopo da doutrina, salvo quando – o que não é o caso – os autores se limitam a comentários de textos legais, hipervalorizando o aspecto formal, gramatical ou regulador das normas escritas, sem desmerecer a valia desse tipo de labor intelectual; não se deve esquecer que, do ponto de vista operacional, o principal motor de mudanças jurídicas talvez seja mesmo a evolução que ocorre pela via da jurisprudência, o que, aliás, o Ministro Benjamin Nathan Cardozo, da Suprema Corte dos Estados Unidos, já apregoava, ainda nas primeiras décadas do século XX, de certo modo preconizando o estabelecimento de vetores judiciais para direcionar o evoluir do ordenamento jurídico, se bem que o ilustre magistrado tinha em mente o sistema judicial americano, então em sua segunda fase de expansão, no qual o valor do precedente era, como continua sendo, de rematada e reconhecida importância.

Bem por essa razão, acolhem-se neste número da Revista acórdãos emitidos pelas duas Turmas Julgadoras da Primeira Seção do STJ, todos eles versando a temática que envolve o julgamento judicial de atos de improbidade administrativa, expressando esses julgados a percepção, às vezes variada, que os Ministros têm sobre esse assunto tão atual e frequentemente controvertido, pelo menos sob certos aspectos, tanto de ordem substantiva como de feitiço processual, ambos condensadores de interesse teórico e prático, como todos reconhecem.

II

As questões judiciais que envolvem a aplicação da Lei 8.429/92 giram, em primeiro lugar, em torno da configuração dos ilícitos por ela sancionados, ou seja, a dimensão material dos tipos infracionais puníveis com os rigores de suas previsões, como também, em segundo lugar, em derredor das garantias subjetivas que podem – ou devem – ser observadas pelos julgadores de todos os graus, quando enfrentam o desafio de aplicar sanções às pessoas encontradas em situação de infração categorizada como ilícito administrativo ímprobo.

O Direito Sancionador tem experimentado, nos últimos tempos, um autêntico movimento de expansão, ora se instituindo figuras delitivas

novas, ora se agravando as sanções previstas para tipos infracionais tradicionais; não se pode negar que entre as várias causas de expansão da atividade estatal sancionadora acham-se elementos configuradores de novos interesses tuteláveis pela via repressiva, bem como o surgimento de riscos sociais dantes não visualizados com a nitidez que hoje se observa, como os danos ambientais, por exemplo, e os macroilícitos tributários, econômicos e financeiros; também se deve anotar nesse rol, a inegável sensação de ameaça e de insegurança que cerca todas as pessoas das sociedades atuais, aliando-se a isso uma espécie de redução no índice de confiança nas instituições repressoras, o que tem impulsionado a preocupação judicial com os chamados *justos reclamos da sociedade*.

Essas ideias acima sintetizadas foram desenvolvidas magistralmente pelo Professor Jesús Maria Silva Sánchez, que nos mostra, com preocupação e algum desalento, que a atividade estatal sancionadora, por causa da pressão social desses e de outros relevantes fatores, tende a se tornar praticamente tópica, minimizada a preocupação com a fundamentação teórica e doutrinária das medidas necessárias à contenção da expansão das ilicitudes; se isso não pode ser negado, como efetivamente não pode, também não se deve negligenciar a herança jurídica cultural que impregna a doutrina jurídica ocidental, e isso desde as primeiras preocupações humanitárias e humanísticas que têm as suas raízes modernas no famoso *movimento iluminista*.

O Professor Luigi Ferrajoli e o Professor Raúl Zaffaroni apreenderam com exaltada sensibilidade essa questão do controle e da moderação da atividade estatal punitiva, agrupando as suas percucientes ideias no conjunto ideológico e doutrinário que chamam de *garantismo judicial*, que alguns, certamente sem maior ponderação ou reflexão mais demorada, identificam como uma espécie de fragilização ou enfraquecimento do poder sancionador do Estado.

No contraponto dessas ideias garantísticas, anota-se a importante contribuição teórica do Professor Günther Jakobs, que desenvolveu, como se sabe, a atraente teoria do *direito sancionador do inimigo*, criando o diálogo construtivo com o garantismo, num embate intelectual que está longe de ser encerrado; na verdade, o surgimento da macrocriminalidade terrorista, bem como o da criminalidade globalizada trazem para a ordem

do dia das discussões judiciais a poderosa questão de como reprimir eficazmente essas condutas hiperperigosas e altamente deletérias, mas sem se permitir que o poder estatal sancionador possa ultrapassar certos limites operacionais que separam a conduta dos seus agentes do que poderia ser uma verdadeira delinquência oficial.

Nem é preciso se assinalar que esta temática é altamente explosiva e, sem dúvida, os instintos de conservação individual e social, como também os impulsos para as vinditas, entram como magnos fatores elementares na composição do problema da macrocriminalidade, gerando desafios urgentes e de inegável monta.

III

Este é o resumo do assunto encartado neste volume da Revista do STJ, mais voltado para fornecer elementos e munição para debates, do que mesmo para fornecer soluções *prêt-à-porter*, ou seja, elaborações intelectuais que se apresentem prontas para o consumo imediato e sem demandar novas reflexões e reelaborações sob a luz de outras estrelas.

O que se espera, sinceramente, é só que estes textos possam incentivar outros trabalhos acadêmicos e que, no futuro, todos possamos chegar a uma situação compreensiva da atividade estatal de aplicar sanções que sejam, ao mesmo tempo, eficientes e garantistas; a dificuldade que se embute nesse binômio nem precisa ser assinalada, mas certamente olhar por cima dessa dificuldade é, com toda a certeza, a atitude que poderá nos conduzir ao encontrar de soluções juridicamente adequadas.

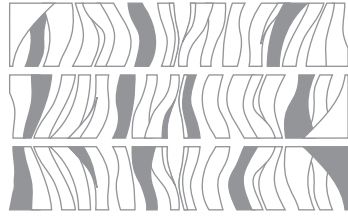
Agradeço, com as melhores palavras de reconhecimento, aos eminentes juristas, doutrinadores e mestres que aquieceram em colaborar com este número da Revista do STJ, fornecendo-nos textos jurídicos tão excelentes quanto oportunos, cuja leitura vai aprimorar o nosso conhecimento e elevar o nosso interesse na compreensão do tema que constitui o núcleo desta publicação.

Agradeço também à valorosa e dedicada Equipe que comigo trabalha na coordenação da Revista do STJ, por realizar um trabalho metódico, paciente e aplicado, relevando, muitas vezes, minuciosas exigências de

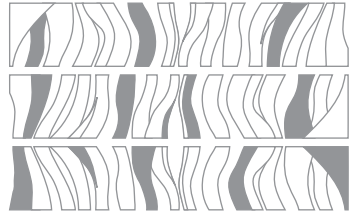
minha parte, mas sempre com boa vontade, empenho e entusiasmo invariável; personifico na Chefe de Gabinete do Diretor da Revista, Doutora Mariana Costa de Oliveira, a minha gratidão a todos os que compõem a sua Equipe e espero que, no próximo número, possamos ser ainda melhores, mais objetivos e propositivos, com a graça do Altíssimo, porque sem ela nada se pode fazer de duradouro ou permanente.

Brasília, março de 2016

Napoleão Nunes Maia Filho
Diretor da Revista do STJ



JURISPRUDÊNCIA



PRIMEIRA SEÇÃO

RECURSO ESPECIAL No. 1.289.609-DF (2011/0256753-2)

Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Celso Almir Japiassu Lins Falcão

Advogados: Christiane Rodrigues Pantoja

Carlos Roberto de Siqueira Castro e outro(s)

Recorrido: Carlos Eduardo Tavares de Andrade

Recorrido: Denilson Rio Comunicação de Marketing Ltda

Recorrido: Oriovaldo Vargas Loffler

Recorrido: Sérgio Aurelino Leal Ferreira

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Art. 37, § 5o., da CF. Legitimidade do Ministério Público. Demonstração e comprovação da prática de ato de improbidade como causa de pedir ressarcimento. Circunstância extraordinária que legitima a atuação do *parquet*. *Nomen juris* da ação. Irrelevância. Rito definido pelo objeto da pretensão. Adoção de procedimento específico ou mais amplo ao exercício do direito de defesa. Adequação.

1. O art. 37, § 5o., da Constituição da República prescreve que *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.*

2. *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127, *caput*, da CF) e, dentre outras funções, *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III, da CF). Em contrapartida, *lhe é ...vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas* (art. 129, IX, da CF).

3. O Ministério Público é parte legítima para pleitear o ressarcimento de dano ao erário sempre que o ato ilícito subjacente à lesão seja a prática de ato ímprobo, dentre outras causas extraordinárias.

4. A causa de pedir é o ponto nodal para a aferição da legitimidade do Ministério Público para postular o ressarcimento ao erário. Se tal for a falta de pagamento de tributos, o ressarcimento por danos decorrentes de atos ilícitos comuns ou qualquer outro motivo que se enquadre nas atribuições ordinariamente afetas aos órgãos de representação judicial dos entes públicos das três esferas de poder, o Ministério Público não possui legitimidade para promover as respectivas ações. Lado outro, tratando-se da prática de ato de improbidade, ilícito qualificado, ainda que prescritas as respectivas punições, ou outra causa extraordinária, remanesce o interesse e a legitimidade do *Parquet* para pedir ressarcimento, seja a ação nominada como civil pública, de improbidade ou mesmo indenização.

5. A prática de ato ímprobo (arts. 9o. ao 11 da Lei no. 8.429/1992) constitui circunstância extraordinária que, por transcender as atribuições ordinárias dos órgãos fazendários, legitima o Ministério Público a pedir o ressarcimento dos danos dele decorrentes, sendo irrelevante o *nomen juris* atribuído à ação, cujo rito deverá ser específico ou, se genérico, mais amplo ao exercício da defesa. Referido critério privilegia a harmonia do sistema constitucional de repartição de competências e confere plena eficácia aos comandos dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República.

6. Recurso especial provido para reformar o acórdão recorrido e, em consequência, determinar que a ação civil pública seja regularmente processada e julgada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs.

Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista), que ressaltou seu ponto de vista, e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 2.2.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com base no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1a. Região, assim ementado (fls. 159/166):

Processo Civil. Administrativo. Ação de improbidade. Prescrição. Inadequação da via para o pleito de ressarcimento ao erário.

1. O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública visando ao ressarcimento do dano causado ao erário por ato de improbidade, por afetar interesse coletivo, eis que a ofensa ao patrimônio público constitui sempre ofensa a interesse coletivo.

2. A ação prevista na Lei no. 8.429/1992 não constitui instrumento adequado para pedir ressarcimento, que é a consequência da improbidade. Não se conseguindo demonstrar o ato de improbidade administrativa em razão de ter-se operado a prescrição, como na hipótese dos autos, só em ação própria se pode buscar o ressarcimento, conforme estabelece o art. 17 da supracitada lei.

3. Quando ocorrer a prescrição da sanção pelo ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 23, I e II, da Lei no. 8.429/1992, a reparação do prejuízo, que é imprescritível, deverá ser buscada em ação autônoma, e não nos autos da ação por ato de improbidade administrativa.

4. Apelação do Ministério Público Federal não provida.

Os embargos de declaração então opostos pelo ora recorrente foram rejeitados (fls. 189/192).

Nesta sede, sustenta o recorrente que o entendimento manifestado no acórdão recorrido diverge da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp no. 1.089.492/RO), que admite o ressarcimento ao erário na ação civil pública, mesmo que prescritas as sanções pela prática de atos ímprobos. No ponto, também aponta ofensa aos arts. 189 do CC, 269, IV, 282, III, e 292, *caput* e § 2o., do CPC e 12, I a III, e 23, I, da Lei no. 8.429/1992.

A parte recorrida apresentou contrarrazões às fls. 249/254.

O recurso especial foi admitido às fls. 260/261.

O ora recorrente também interpôs recurso extraordinário (fls. 202/209), admitido às fls. 262/263.

Nesta Corte, o recurso especial foi inicialmente provido por meio da decisão monocrática às fls. 277/278 e, após a interposição de agravo regimental, *Em atenção aos argumentos recursais e à relevância do tema, a Primeira Turma deliberou por submeter o julgamento à Primeira Seção* (fl. 297), razão pela qual a decisão agravada foi reconsiderada para oportunizar a discussão no âmbito daquele órgão colegiado (fls. 297).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer às fls. 302/306, opinou pelo provimento do recurso especial, cuja ementa segue transcrita:

Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ressarcimento ao erário.

- É entendimento pacífico desse C. STJ que a ação de ressarcimento pelos prejuízos causados ao erário é imprescritível. Assim, ainda que impossibilitada a condenação dos agentes em razão da prescrição, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública por ato de improbidade administrativa objetivando ressarcimento ao erário em razão dos prejuízos financeiros decorrentes dos atos de improbidade. Precedentes.

- Parecer pelo provimento do recurso especial.

O presente feito foi submetido a julgamento em 17.10.2013, com sustentação oral pelas partes, oportunidade em que solicitei vista regimental para melhor análise.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Preliminarmente, indefiro o pedido de sobrestamento do feito formulado às fls. 315/316. Com efeito, esta Corte já decidiu que é descabido o sobrestamento do recurso especial em decorrência do reconhecimento da repercussão geral de matéria constitucional pelo STF, pois o art. 328-A do Regimento Interno daquela Corte determina o sobrestamento, tão somente, do juízo de admissibilidade dos Recursos Extraordinários e dos Agravos de Instrumento contra o despacho denegatório a eles relacionados. Seguem precedentes: AgRg no AREsp no. 550.808/MG, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 8.9.2014; AgRg na AR no. 5.373/RN, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 18.8.2014; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag no. 1.404.660/PE, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 2.6.2014; AgRg nos EREsp no. 1.142.490/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Corte Especial, DJe 8.11.2010.

Em relação ao objeto do recurso especial, tem-se que o art. 37, § 5o., da Constituição da República prescreve que *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.*

Assim, a jurisprudência desta Corte, conferindo eficácia plena à norma constitucional, assentou ser imprescritível a pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, dentre outros: : REsp no. 1.268.594/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 13.11.2013; AgRg nos EDcl no AREsp no. 240.909/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 29.10.2013; AgRg no AREsp no. 348.417/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 4.10.2013; AgRg no AgRg no AREsp no. 179.921/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 15.4.2013).

Quanto à legitimidade do Ministério Público e adequação da ação civil pública para pleitear ressarcimento ao erário, importa considerar que *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127, *caput*, da CF) e, dentre outras funções, *promover o inquérito civil*

e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF). Em contrapartida, lhe é ...vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, da CF).

Assim, inicialmente, importa afastar a aparente antítese entre os comandos constitucionais previstos nos incisos III e IX do art. 129 da Carta da República, de forma a conferir-lhes plena eficácia.

No ponto, transcrevo a doutrina do Min. Teori Albino Zavascki (Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3a. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 156/157):

A solução da polêmica impõe o desafio de traçar os limites entre dois campos: o da atuação do Ministério Público e o da atuação dos agentes da entidade pública lesada. Com tal objetivo, um parâmetro pode desde logo ser estabelecido: não será a simples existência de lesão ao patrimônio público que, por si só, legitimaria a atuação do Ministério Público ou que dará ensejo à ação civil pública. Do contrário, caberia ação civil pública até para haver pagamento de indenizações por danos causados a veículos do Estado em acidente de trânsito, e não teríamos por que negar legitimação ao Ministério Público para cobrar a dívida ativa da Fazenda, como observa, nesse particular com razão, a corrente doutrinária restritiva acima referida. Por isso mesmo, é acertado negar legitimação ao Ministério Público para intentar ação civil pública nos casos em que, inobstante existir lesão ao patrimônio público, o interesse lesado se situa no âmbito ordinário da administração pública. Aliás, em situações dessa natureza, a doutrina e a jurisprudência, interpretando o art. 82, III, o CPC, consideram incabível até mesmo a intervenção do Ministério Público no processo como custos legis.

Não pode ser aceita, todavia, a posição que vai ao extremo de negar, taxativamente, a legitimação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, ou de limitá-la às hipóteses de tutela de interesses difusos e coletivos. Tal negação importaria fazer tábula rasa da norma constitucional do art. 129, III, que prevê expressamente tal legitimação, tanto em defesa dos direitos difusos e coletivos quanto do patrimônio público e social, considerados, um em relação ao outro, categorias jurídicas distintas e autônomas.

Ordinariamente, é inegável 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, consequentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, se pode identificar um interesse superior, como tal considerados aquele que, por alguma razão objetiva e clara, transcende o interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa ou pela magnitude das consequências, ou pelas pessoas envolvidas ou por outra circunstância objetiva, a eventual lesão trazer um risco não apenas ao restrito domínio patrimonial da pessoa jurídica, mas também a outros valores especialmente protegidos, de interesse de toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade administrativa), ou quando os órgãos ordinários de tutela judicial do patrimônio público se mostrarem manifestamente omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública).

Assim, resulta que o Ministério Público é parte legítima para pleitear o ressarcimento de dano ao erário sempre que o ato ilícito subjacente à lesão seja a prática de ato ímprobo, dentre outras causas extraordinárias. Com efeito, nesses casos, a lesão ao patrimônio público extrapola o interesse ordinário da própria Administração.

Dessa forma, embora não se admita a atuação do Ministério Público para representar judicialmente e prestar consultoria a entidades públicas (art. 129, IX, da CF), resulta imperativa a sua legitimidade para pleitear o ressarcimento de dano ao erário sempre que a causa de pedir seja a prática de ato de improbidade, ainda que as respectivas punições estejam prescritas. Vê-se que a prescrição, evidentemente, incide sobre as punições previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/1992, mas não sobre o fato que dá ensejo a tais punições e ao ressarcimento, qual seja, a prática de ato de improbidade.

Portanto, o ponto nodal, a meu sentir, reside na verificação da causa de pedir ressarcimento. Se a causa de pedir for a falta de pagamento de tributos, o ressarcimento por danos decorrentes de atos ilícitos comuns ou qualquer outro motivo que se enquadre nas atribuições

ordinariamente afetas aos órgãos de representação judicial dos entes públicos das três esferas de poder, entendo que o Ministério Público não possui legitimidade para promover as respectivas ações. Lado outro, tratando-se da prática de ato de improbidade, ilícito qualificado, ainda que prescritas as respectivas punições, remanesce o interesse e a legitimidade do *Parquet* para o ressarcimento, seja a ação nominada como civil pública, de improbidade ou mesmo indenização. Nesse caso, portanto, deve ser observado o rito que, segundo o objeto da pretensão, conduza ao amplo exercício do direito de defesa, seja por meio do adequado procedimento específico, seja pela adoção de procedimento mais amplo à defesa, conforme inteligência do art. 292, § 2o., do CPC.

Em conclusão, entendo que a prática de ato ímprobo (arts. 9o. ao 11 da Lei no. 8.429/1992) constitui circunstância extraordinária que, por transcender as atribuições ordinárias dos órgãos de representação judicial dos entes públicos, legitima o Ministério Público a pedir o ressarcimento dos danos dele decorrentes, sendo irrelevante o *nomen juris* atribuído à ação.

Referido critério, entendo, conduz à harmonia do sistema constitucional de repartição de competências e confere plena eficácia aos comandos dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República.

Nessa esteira, imperativo considerar que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que *O Ministério Público tem legitimidade ad causam para a propositura de Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade* (AgRg no AREsp no. 76.985/MS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, DJe 18.5.2012). Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp no. 1.367.048/GO, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 16.12.2013; AgRg no REsp no. 1.128.563/SC, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 4.6.2013.

A questão encontra-se, inclusive, consolidada no Enunciado Sumular no. 329/STJ, *in verbis*: *O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.*

Ademais, a possibilidade de prosseguimento da ação de improbidade proposta pelo Ministério Público para a obtenção do ressarcimento, mesmo que prescritas as respectivas punições, já foi objeto de apreciação por esta Corte, conforme segue:

Processual Civil. Ação civil pública. Ato de improbidade. Ação prescrita quanto aos pedidos condenatórios (art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992). Prosseguimento da demanda quanto ao pleito ressarcitório. Imprescritibilidade.

1. O ressarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade.

2. O Ministério Público ostenta legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade, ainda que praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições encartadas na Lei no. 7.347/1985. Precedentes do STJ: REsp no. 839.650/MG, Segunda Turma, DJe 27.11.2008; REsp no. 226.912/MG, Sexta Turma, DJ 12.5.2003; REsp no. 886.524/SP, Segunda Turma, DJ 13.11.2007; REsp no. 151.811/MG, Segunda Turma, DJ 12.2.2001.

3. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei no. 8.429/1992 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5o., da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp no. 1.038.103/SP, Segunda Turma, DJ de 4.5.2009; REsp no. 1.067.561/AM, Segunda Turma, DJ de 27.2.2009; REsp no. 801.846/AM, Primeira Turma, DJ de 12.2.2009; REsp no. 902.166/SP, Segunda Turma, DJ de 4.5.2009; e REsp no. 1.107.833/SP, Segunda Turma, DJ de 18.9.2009.

4. Consectariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e ressarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, in casu, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido ressarcitório em razão de sua imprescritibilidade.

5. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário, posto imprescritível.

(REsp no. 1.089.492/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 18.11.2010 - grifo nosso)

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição das penalidades. Pleito de ressarcimento. Cumulação. Desnecessidade de ação autônoma. Ilegitimidade ad causam do Ministério Público. Inovação.

1. Apesar de prescrita a ação civil de improbidade administrativa quanto à aplicação das penalidades, ainda persiste o interesse de obter o ressarcimento do dano ao erário, visto que se trata de ação imprescritível.

2. A alegação de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor a ação de ressarcimento constitui inovação recursal, vedada no âmbito do regimental.

3. Agravo regimental conhecido em parte e não provido.

(AgRg no REsp no. 1.287.471/PA, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 4.2.2013)

Igualmente, não obstante a pendência da matéria em sede de repercussão geral no RE no. 409.356/RO, o Supremo Tribunal Federal trilha o mesmo entendimento ora manifestado, conforme os seguintes julgados:

Recurso Extraordinário. Processo Civil. Ação civil pública ajuizada por membro do Ministério Público estadual julgada extinta por ilegitimidade ativa e por se tratar de meio inadequado ao fim perseguido. 1. O Ministério Público detém legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública intentada com o fito de obter condenação de agente público ao ressarcimento de alegados prejuízos que sua atuação teria causado ao erário. 2. Meio processual, ademais, que se mostra adequado a esse fim, ainda que o titular do direito, em tese, lesado pelo ato não tenha proposto, em seu nome próprio, a competente ação de ressarcimento. 3. Ausência de previsão, na Constituição Federal, da figura da advocacia pública municipal, a corroborar tal entendimento. 4. Recurso provido para afastar o decreto de extinção do feito, determinando-se seu regular prosseguimento.

(RE no. 225.777/MG, Rel. p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 29.8.2011)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do patrimônio público. Legitimidade do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal.

Improbidade administrativa. Lei no. 8.429/1992. Necessidade de reexame de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula no. 279. Agravo improvido. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa do patrimônio público. Precedentes. II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a decisão a quo. Eventual ofensa à Constituição seria meramente indireta, o que inviabiliza o recurso extraordinário. III – Para divergir do acórdão recorrido, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula no. 279 do STF. IV – Agravo regimental improvido.

(AI no. 748.934 AgR/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 10.6.2013)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual Civil. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Proteção ao patrimônio público. Eletropaulo. Contratação de mão-de-obra. Ausência de procedimento licitatório. Empresa pública à época da assinatura do contrato. Participação majoritária do Estado de São Paulo no capital social. Lei n. 98.666/93, art. 24, I e XXVI. Necessidade de licitação. Alegação de afronta aos artigos 5o., LIV e LV, 37, § 5o., II e XIX, 127, caput, e 129, III e IX, da Carta Federal. Ofensa reflexa. Matéria fática. Súmula no. 279/STF. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes. 2. Legitimatío ad causam do Ministério Público à luz da dicção do art. 129, III, da C.F/1988, que o habilita a demandar em prol do patrimônio público. Precedentes: RE no. 459.138-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2a. Turma, DJ 25.4.2008; RE no. 262.134-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2a. Turma, DJ 2.2.2007; AI no. 495.632-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1a. Turma, DJ 16.6.2006; AI no. 244.217-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, 1a. Turma, DJ 25.11.2005. [...] 7. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AI no. 837.555 AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 29.3.2012)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e, em consequência, determinar que a ação civil pública seja regularmente processada e julgada.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: A ação de improbidade administrativa regulada pela Lei no. 8.429/1992 destina-se à imposição de sanções, por isso não se presta para veicular pretensão apenas ressarcitória de dano ao erário; essa orientação não tem, contudo, o abono da jurisprudência do STJ, conforme vários precedentes. Voto-Vista divergente, para negar provimento ao Nobre Apelo interposto pelo douto MPF.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe Recurso Especial, lastreado nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1a. Região, ementado nos seguintes termos:

Processo Civil. Administrativo. Ação de improbidade. Prescrição. Inadequação da via para o pleito de ressarcimento ao erário.

1. O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública visando ao ressarcimento do dano causado ao erário por ato de improbidade, por afetar interesse coletivo, eis que a ofensa ao patrimônio público constitui sempre ofensa a interesse coletivo.

2. A ação prevista na Lei no. 8.429/1992 não constitui instrumento adequado para pedir ressarcimento, que é a consequência da improbidade. Não se conseguindo demonstrar o ato de improbidade administrativa em razão de ter se operado a prescrição, como na hipótese dos autos, só em ação própria se pode buscar o ressarcimento, conforme estabelece o art. 17 da supracitada lei.

3. Quando ocorrer a prescrição da sanção pelo ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 23, I e II, da Lei no. 8.429/1992, a reparação do prejuízo, que é imprescritível, deverá ser buscada em ação autônoma, e não nos autos da ação por ato de improbidade administrativa.

4. Apelação do Ministério Público Federal não provida (fls. 166).

2. Os Embargos de Declaração opostos às fls. 171/184 foram rejeitados no *decisum* de fls. 189/192.

3. Nas razões do Raro Apelo de fls. 220/237, aponta a parte recorrente, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 282, III e 269, IV do CPC, e 23, I da Lei no. 8.429/1992, arguindo, em suma, que o juiz deve analisar a pretensão de ressarcimento ao Erário, por ser imprescritível, conforme atesta o art. 37, § 5o. da CF/1988. Assegura que o procedimento previsto na Lei no. 8.429/1992 é adequado ao pleito ressarcitório, pois a recomposição do dano é uma das consequências jurídicas previstas no art. 12, I, II e III da LIA, de maneira que o fato de ser possível obter esta mesma finalidade pela Ação Civil Pública da Lei no. 7.347/1985 não afasta a utilização do procedimento insculpido na LIA, quando os fatos configurarem, em tese, improbidade administrativa.

4. É o relatório.

5. A Primeira Seção desta Corte, em diversas oportunidades, consignou a possibilidade de se buscar o ressarcimento do dano ao erário nos próprios autos da ação de improbidade administrativa, mesmo quando prescrita a pretensão sancionatória específica desta lei.

6. As razões desse entendimento foram bem alinhadas no voto do ilustre Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI por ocasião do julgamento do REsp. no. 928.725/DF, onde consignado o seguinte:

Conforme referiu o voto da Ministra relatora, defendi em sede doutrinária o entendimento de que a ação de improbidade administrativa prevista na Lei no. 8.429/1992 destina-se essencialmente a aplicar sanções de ordem pessoal aos agentes ímprobos, semelhantes às sanções penais (perda de cargo, interdição de direitos, suspensão de direitos políticos), e não propriamente a obter ressarcimento de danos. Não é por outra razão que o procedimento adotado para a ação de improbidade foi moldado em formato semelhante ao da ação penal para os crimes praticados por funcionário público contra a Administração, prevista nos artigos 513 a 518 do CPP. Para o puro e simples pedido isolado e autônomo de ressarcimento de danos, não há necessidade de utilização desse especialíssimo procedimento, podendo ser utilizado o rito comum da ação civil pública (ZAVASCKI, Teori Albino, Processo Coletivo, 3a. ed., São Paulo, RT, 2008, p. 124 e p. 140).

Inobstante, isso não significa dizer que a utilização da ação de improbidade para deduzir pedido autônomo de ressarcimento de danos acarrete, necessariamente, a extinção do processo sem julgamento de mérito. Essa solução radical e inflexível não atende ao princípio da instrumentalidade das formas, por força do qual não se anulam atos processuais que, embora praticados de forma diversa da enunciada, atingem mesmo assim a sua finalidade. Também não atende ao princípio da preservação (ou do aproveitamento) dos atos do processo, segundo o qual não se declara a nulidade desses atos quando for possível suprir o defeito ou corrigir a irregularidade. Ou seja: também em ação de improbidade deve-se aplicar o art. 284 do CPC, permitindo à parte autora promover as correções ou sanar as irregularidades eventualmente constatadas na petição inicial, a fim de propiciar o andamento normal do processo.

No caso concreto, há outra especial razão para dar provimento. A ação de improbidade não deduziu apenas e unicamente o pedido de ressarcimento. Na inicial, tal pedido veio cumulado com o da aplicação das outras sanções típicas da ação de improbidade, as quais, todavia, não ultrapassaram a fase de recebimento da demanda, pois foram consideradas prescritas. Assim, foi correta a eleição do rito processual inicialmente imprimido. Na verdade, a subsistência isolada do pedido de ressarcimento ocorreu por decisão judicial superveniente, justamente quando o procedimento, ultrapassando sua fase peculiar de recebimento da inicial, prevista nos parágrafos 6o. a 8o. do art. 17 da Lei no. 8.429/1992, retomava o rito ordinário, como estabelecido no caput desse art. 17. Isso significa dizer que, nas circunstâncias do caso, sequer emenda à inicial é necessária, pois na fase em que se encontrava quando remanesceu o pedido isolado de ressarcimento, a demanda já assumia o rito do processo comum, próprio para a pretensão ressarcitória. Seria injustificável exagero formal determinar que, mesmo assim, o processo fosse extinto, para que outro tivesse início (DJe 5.8.2009).

7. Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados:

Agravo Regimental. Recurso Especial. Ação de Improbidade Administrativa. Cumulação de pedidos. Sanções e indenização do Erário. Prescrição em relação às sanções. Prosseguimento da demanda quanto à reparação de danos. Ausência de notificação para a defesa prévia. Prejuízo não verificado. Nulidade rejeitada.

Enfrentando o Tribunal de origem as questões jurídicas submetidas ao seu exame, não há omissão no acórdão recorrido que deva ser sanada.

Na linha da jurisprudência desta Corte, admite-se na ação de improbidade administrativa pedidos cumulativos de aplicação de sanções e de indenização do erário.

Decretada a prescrição apenas em relação às sanções, admite-se o prosseguimento da ação de improbidade quanto ao pedido de reparação de danos.

A ausência de notificação para apresentação de defesa prévia implica nulidade do processo tão somente se comprovado o efetivo prejuízo do réu.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. no. 1.218.202/MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 29.4.2011).

Ação prescrita quanto aos pedidos condenatórios (art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992). Prosseguimento da demanda quanto ao pleito ressarcitório. Imprescritibilidade.

1. *O ressarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade.*

2. *O Ministério Público ostenta legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade, ainda que praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições encartadas na Lei no. 7.347/1985. Precedentes do STJ: REsp. no. 839.650/MG, Segunda Turma, DJe 27.11.2008; REsp. no. 226.912/MG, Sexta Turma, DJ 12.5.2003; REsp. no. 886.524/SP, Segunda Turma, DJ 13.11.2007; REsp. no. 151.811/MG, Segunda Turma, DJ 12.2.2001.*

3. *A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei no. 8.429/1992 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5o., da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp. no. 1.038.103/SP, Segunda Turma, DJ de 4.5.2009; REsp. no. 1.067.561/AM, Segunda Turma, DJ de 27.2.2009; REsp. no. 801.846/AM,*

Primeira Turma, DJ de 12.2.2009; REsp. no. 902.166/SP, Segunda Turma, DJ de 4.5.2009; e REsp. no. 1.107.833/SP, Segunda Turma, DJ de 18.9.2009.

4. Consectariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e ressarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, in casu, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido ressarcitório em razão de sua imprescritibilidade.

5. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário, posto imprescritível (REsp. no. 1.089.492/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18.11.2010).

Improbidade administrativa. Ação civil pública. Cumulação de pedidos. Sanções e ressarcimento. Prescrição em relação às sanções. Prosseguimento da demanda quanto à reparação de danos. Possibilidade (REsp. no. 1.303.170/PA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.6.2012).

8. Contudo, ao meu pensar, melhor seria entender-se que ação ressarcitória do dano ao erário - qualquer que seja o lapso temporal de sua prescrição, e isso é um problema jurídico relevante - deve ser processada seguindo as regras de direito comum, até porque os alegados atos de improbidade já não podem, por causa da prescrição, ser investigados; entendo que essa orientação resguarda a ação de improbidade administrativa e a sua especificidade sancionatória; por essa razão, não deserto dessa opinião doutrinária, firmando meu entendimento de que o ajuizamento da ação de improbidade, nos termos dispostos na Lei no. 8.429/1992, somente mostra-se adequado nos casos em que o pleito principal da parte autora possua caráter eminentemente punitivo, revelando-se a inadequação desta via eleita quando o pedido primário do douto Ministério Público Federal manifestamente restringe-se à condenação ressarcitória (devido à prescrição da pretensão punitiva estatal), que, neste caso, deve seguir o trâmite processual idôneo para tanto - a ação ordinária.

9. Pondera-se, nesse aspecto, que esta matéria demanda uma reflexão mais aprofundada dos aplicadores do Direito, pois a ratificação do

entendimento que permite o processamento da ação de improbidade para a finalidade exclusiva de ressarcimento ao erário evidencia o equívoco e indevido alargamento de sua utilização quando analisadas situações ainda mais peculiares, como, a título exemplificativo, seu ajuizamento na situação em que um agente público, a despeito de ter cometido manifesto ato de improbidade, falece antes da propositura da ação prevista na LIA, e o Ministério Público (ou a parte legitimada para tanto) venha a ajuizar ação de improbidade contra os herdeiros com o fito de obter, única e exclusivamente, o reembolso dos cofres públicos.

10. Ante o exposto, tendo em vista a situação posta nos autos, peço vênia para divergir do douto Relator, para *negar provimento* ao Raro Apelo interposto pelo douto Ministério Público Federal, ratificando, dest'arte, o entendimento esposado no acórdão recorrido acerca da inadequação da via eleita para o pleito exclusivo de ressarcimento ao Erário. É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.366.721-BA (2013/0029548-3)

Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Relator para o acórdão: Ministro OG FERNANDES

Recorrente: União

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: C C de S

Advogados: Aurélio Rodrigues de Souza Júnior e outro(s)

Miucha Bordoni

Interes.: F F de S F e outro

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial repetitivo. Aplicação do procedimento previsto no art. 543-C do CPC. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Cautelar

de indisponibilidade dos bens do promovido. Decretação. Requisitos. Exegese do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992, quanto ao *periculum in mora* presumido. Matéria pacificada pela Colenda Primeira Seção.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei no. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial no. 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator para acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (DJe 21.9.2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial no. 1.256.232/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 19.9.2013, DJe 26.9.2013; Recurso Especial no. 1.343.371/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 18.4.2013, DJe 10.5.2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial no. 197.901/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 28.8.2012, DJe 6.9.2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial no. 20.853/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 21.6.2012, DJe 29.6.2012; e Recurso Especial no. 1.190.846/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 10.2.2011) de que, (...) *no comando do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação*

contida no art. 37, § 4o., da Constituição, segundo a qual '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'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial no. 1.315.092/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 7.6.2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8o. da Resolução no. 8/2008/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima, dar provimento aos recursos especiais da União e do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Og Fernandes que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Og Fernandes os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Herman Benjamin.

Impedida a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 19.9.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos pela UNIÃO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fulcro nas alíneas *a* e *c* inciso III do art. 105 da Constituição Federal, nos quais se insurgem os recorrentes contra o acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 1a. Região, ementado nos seguintes termos:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Improbidade administrativa indícios da prática de atos ímprobos. Indisponibilidade

indistinta de bens. Necessidade de comprovação de dilapidação do patrimônio. Ausência do periculum in mora.

1. *A indisponibilidade cautelar de bens e direitos do investigado tem por objetivo assegurar a efetividade de eventual decisão judicial condenatória.*

2. *Para a concessão da medida constritiva de bens e direitos dos demandados em ações de improbidade administrativa, faz-se necessária a presença simultânea de indícios veementes da prática de atos de improbidade administrativa - fumus boni juris, além da comprovação de que os requeridos intencionam desfazer do seu patrimônio a fim de frustrar o cumprimento de eventual condenação - periculum in mora.*

3. *Muito embora haja fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa, não cuidou o autor da ação de demonstrar que a parte demandada estaria praticando atos que poderiam acarretar a alteração ou redução do seu patrimônio, capazes de colocar em risco eventual ressarcimento ao erário.*

4. *Não basta a manifestação de risco abstrato ou mera suposição (presunção) de que, como decorrência do ajuizamento da ação de improbidade, ocorrerá o desfazimento ou dissipação dos bens, pelo réu (AIS no. 0013090-32.2008.4.01 .0000/DE, Rei. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Coniv. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (conv.), Terceira Turma, e-DJF1 p,71 de 11.2.2011).*

5. *A indisponibilidade não pode ser decretada de forma genérica, sem individualização dos bens sobre os quais deve recair a constrição (Precedente: AOS no. 2009.01 .0C.0106331-2/MT, Rei. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.79 de 22.5.2009).*

6. *Agravo de instrumento provido (fls. 247).*

2. Em suas razões de Apelo Nobre, os recorrentes sustentam, além do dissídio jurisprudencial, violação aos 7º. e 16, §§ 1º. e 2º. da Lei no. 8.429/1992, sob o fundamento de que o *periculum in mora* estaria implícito ao dispositivo legal, não havendo necessidade de comprovação da dilapidação do patrimônio.

3. Contrarrazões às fls. 306/316 e 319/329.

4. Parecer do douto Ministério Público Federal às fls. 351/359, manifestando-se pelo desprovimento do Recurso Especial.

5. É o relatório.

VOTO

Ementa: Recurso Especial. Direito Sancionador. Improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens *initio litis*. Arts. 7º. e 16 da Lei no. 8.429/1992. Não demonstração de ato do acionado ou de tentativa de alienar, onerar ou dilapidar bens patrimoniais. Necessidade de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a imposição da medida constritiva. Ausência de comprovação fática e documental a comportar tutela de evidência. Recursos especiais desprovidos.

1. A Lei no. 8.429/1992 prevê, em seus arts. 7º. e 16, a possibilidade da concessão judicial de providência de natureza preventiva patrimonial (decretação da indisponibilidade de bens) para acautelar eventual ressarcimento ao erário, nos casos de lesão ao patrimônio público (art. 9º. da LIA) e de enriquecimento ilícito (art. 10 da LIA), derivado de ato ímprobo.

2. Essa medida constritiva, pela sua natureza claramente cautelar, pressupõe que estejam evidenciados veementes indícios de responsabilidade do agente, pela prática do ato de improbidade (*fumus boni iuris*), e também elementos indicadores do fundado receio de frustração do ressarcimento futuro, caso venha a ocorrer, tais como alienação, oneração ou dilapidação dos bens do acionado (*periculum in mora*), ou a sua tentativa.

3. O sequestro de bens do acionado e o seu bloqueio, por serem inquestionáveis medidas cautelares ou tutelas judiciais provisórias (até por causa da sua revogabilidade), devem observar o procedimento legal específico para essa modalidade de atuação jurisdicional (arts. 37, § 4º. da CF/1988 e 16 §§ 1º. e 2º. da Lei no. 8.429/1992); não há de se confundir a denominada tutela de evidência, ainda que não adotada na legislação processual, com a tutela cautelar, esta cabível na Ação de Improbidade, uma vez que aquela (a tutela de evidência) somente ocorre quando a relação jurídica material se mostra desenturvada de dúvidas e documentalmente comprovada, isto é, na esmerada posição de incontestabilidade jurídica.

4. Não se pode cogitar, portanto, que a indisponibilidade dos bens, como medida assecuratória na Ação de Improbidade, seja uma tutela de evidência, uma vez que esta é dotada de irrevogabilidade e definitividade, devendo estar calcada em provas documentais, entendimento perfilhado no Anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro, em seu art. 306; o bloqueio de bens é, na verdade, medida acautelatória e provisória, fundamentada no *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e não em provas incontestáveis.

5. À Ação de Improbidade, dado o seu paralelismo com a Ação Penal, ante sua evidente carga sancionatória, aplicam-se os mesmos postulados garantísticos processuais penais, que impedem que uma pessoa, apenas por ter contra si recebida a denúncia, seja automaticamente levada ao cárcere.

6. Claro que não se discute, por exemplo, a eventualidade da prisão preventiva, espécie de medida cautelar privativa de liberdade, mas ela somente é admissível no contexto em que se evidencie a sua patente necessidade (art. 312 do CPP), ou seja, não se trata de um juízo apriorístico, mas de um juízo contextual, induzido, portanto, por elementos dotados de confiabilidade; no juízo de evidência, porém, tem-se uma conclusão *a priori*.

7. As cautelares cabíveis na Ação de Improbidade, como a constrição patrimonial, igualmente demandam, para o seu deferimento, os mesmos requisitos exigidos para as ações cautelares em geral: a fumaça do bom direito e o perigo da demora, sem o que perdem toda a sua legitimidade.

8. O pedido cautelar lastreia-se em juízo de plausibilidade (não de evidência), mormente quando a constrição abarca a totalidade dos bens do acionado e ainda pendente a demonstração da ocorrência do alegado dano e a sua extensão; essa é a antiga orientação jurisprudencial do STJ (AgRg no REsp. no. 422.583/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 9.9.2002; REsp. no. 469.366/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 2.6.2003; REsp. no. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 18.9.2007), hoje não mais seguida sem ressalvas.

9. O art. 37, § 4o. da Carta Magna, ao aludir à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, não estabelece a constrição automática ou necessária, tanto que a subordina à forma e gradação previstas em lei; tal dicção remete essa indisponibilidade à regulação normativa: o art. 16 da Lei no. 8.429/1992 prevê que o MP requeira ao Juízo o sequestro de bens do acionado, atendendo aos arts. 822 e 825 do CPC (§ 1o.), enquanto o § 2o. deste dispositivo contempla que outras medidas restritivas – inclusive o bloqueio de bens – se façam nos termos da lei; as medidas cautelares, independentemente das denominações que ostentem, são sempre subordinadas à ação (dita) principal e aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, cumulativamente.

10. A repressão a quaisquer ilícitos e a persecução da reparação dos seus danos devem se processar com estrita obediência às garantias subjetivas, pois não têm as autoridades, ainda que movidas por altos e legítimos propósitos, a potestade de superar os limites do ordenamento jurídico, nem interpretar as normas pondo-as em confronto com os superiores princípios do sistema.

11. No caso em exame, conforme salientou a Corte de origem, não se evidenciou que tivesse o recorrido praticado, ou tentado praticar, atos visando onerar, dilapidar ou alienar os seus bens, ou parte deles. Apenas a gravidade do ilícito e o seu vulto não são suficientes para justificar a referida medida judicial de urgência; no âmbito do Direito Sancionador, por calcar-se a iniciativa postulatória em condutas subjetivamente avaliáveis, deve-se evitar a adoção de soluções lineares ou automáticas, pois se trata de normas punitivas, cuja aplicação sempre dependem de ponderações peculiares e tópicas.

12. A adoção de qualquer elemento implícito para fundamentar tutelas judiciais constritivas de direito subjetivo, e mesmo qualquer decisão judicial, ofende a garantia do art. 93, IX da Carta Magna; toda razão decisória tem que ser (juízo categórico) clara, oportuna, congruente e verdadeira, sob pena de frustrar a eficiência da impugnação recursal, por desconhecimento da motivação.

13. Recursos Especiais desprovidos.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A controvérsia gira em torno da possibilidade (ou não) de se decretar a indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.

2. Acerca dessa questão, assim dispõe o art. 7º. da Lei no. 8.429/1992:

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.

3. Trata-se, portanto, de providência de natureza claramente cautelar, que se submete aos requisitos do *poder geral de cautela, tal como consagrado na doutrina especializada*; eu mesmo - mas sem me incluir na categoria de doutrinador - já tive oportunidade de afirmar essa diretriz, da qual não tenho razão para desertar:

A teor do art. 7º. da LIA, a medida cautelar de bloqueio dos bens do indiciado (cautelar patrimonial) pode ser decretada nos casos de lesão ao patrimônio público (art. 9º. da LIA) e de enriquecimento ilícito (art. 10 da LIA), não estando prevista, portanto, para o caso de ofensa aos princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA); mas deve ser reiterado que a sua legitimidade depende sempre da presença da aparência de bom direito (plausibilidade de êxito da ação de improbidade) e cumulativamente da demonstração de perigo concreto de ato lesivo, na demora natural da solução da lide, devidamente explicitados com base em elementos confiáveis e seguros, de acordo com a doutrina consagrada das medidas cautelares.

O deferimento da indisponibilidade de bens do indiciado (art. 7o. da LIA), antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, sob o impacto do pedido do Ministério Público ou da Entidade Pública que alegadamente tenha sofrido a lesão ou dano – ainda que de monta – ou sob a pressão da mídia, para aplacar a sede de vingança ou de resposta que a sociedade justamente exige, mas há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade; essa necessidade se demonstra, por exemplo, com a comprovação de que o indiciado se apresta a alienar (ou a simular alienar) o seu patrimônio ou parte dele, a onerar-se (ou a simular onerar-se) com dívidas súbitas ou extraordinárias, a transferir (ou tentar transferir) a titularidade ou o domínio de bens, além de outras iniciativas que denotem a intenção de desfazer-se de patrimônios ou frustrar ulteriores ressarcimentos de prejuízos (Breves Estudos Tópicos de Direito Sancionador, Fortaleza, Curumim, 2011, pp.181/182).

4. Corroborando esse entendimento, é a lição do Ministro CESAR ASFOR ROCHA:

*Tratando-se, nos dois casos, de medidas cautelares (arts. 7o. e 16 da Lei no. 8.429/1992), é indispensável que o pedido do MP venha calcado na demonstração da sua necessidade, ou seja, que o pedido de constrição atenda à demonstração da presença concomitante dos dois requisitos típicos dessa modalidade de tutela, a saber, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*; em outras palavras, deve-se entender que, sem a verificação de aparência de bom direito e, cumulativamente, de perigo decorrente da demora no trâmite da ação, essa indisponibilidade patrimonial é juridicamente ilegítima e, portanto, há de ser indeferida pelo Julgador.*

As medidas cautelares, como se sabe, são extremamente prestantes no exercício da jurisdição e talvez se possa dizer que sem elas muitos e graves prejuízos poderiam as partes sofrer, porquanto a natural demora na solução das demandas geram, indubitavelmente, desgastes de monta ao direito dos litigantes; mas o emprego dessas medidas – ainda quando se faça de ofício, nos casos em que o sistema o admite – se subordina a certos requisitos indispensáveis, pois o Juiz, também nesses casos, não está autorizado a adotar qualquer medida cautelar, achando-se antes, sujeito à observância daqueles aludidos requisitos, aliás de esmerada configuração, no que respeita às medidas cautelares específicas, entre as quais o sequestro (Breves Reflexões Críticas Sobre a Ação de Improbidade Administrativa, Ribeirão Preto, Migalhas, 2012, p. 90/91).

5. Observo, ainda, que o infalível magistério do ilustre Ministro Professor TEORI ALBINO ZAVASCKI, um dos mais acatados Ministros do Superior Tribunal de Justiça, e hoje do Supremo Tribunal Federal, escrevendo sobre o poder judicial de cautela, assim se manifestou com a precisão de sempre:

A primeira nota característica dessa espécie de tutela jurisdicional (o mestre se refere à tutela cautelar) está na circunstância de fato que lhe serve de pressuposto: ela supõe a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição, a saber: risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante.

(...).

Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência (Antecipação da Tutela, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 27/28).

6. Há quem sustente que a possibilidade de bloqueio dos bens do promovido é *medida insita na própria Ação de Improbidade Administrativa*, como uma providência que o Juiz, com a só aceitação da inicial da ação, já poderia adotar, como se fosse uma providência admitida *ex ante*.

7. Com efeito, aceita-se (não sem ressalva) que a Ação de Improbidade Administrativa contém a *sugestão da plausibilidade do pedido*, uma vez que o recebimento da inicial exige a demonstração de justa causa e deve ser precedido do procedimento previsto no art. 17, § 6º. e 7º. da Lei no. 8.429/1992; dessa forma, tendo o Magistrado decidido receber a petição inicial, encontrar-se-ia satisfeita a exigência da plausibilidade jurídica e, portanto, implícito está o requisito do *fumus boni iuris*, necessário à tutela cautelar, segundo essa teoria.

8. No entanto, a demonstração do *periculum in mora*, o outro requisito da tutela cautelar, até por se tratar de requisito de natureza essencialmente factual, não se pode ter por configurada com a só aceitação da inicial, devendo ser demonstrado o *fundado temor* de desvio, danificação ou ocultação dos bens do acionado, a fim de gerar a convicção

do Juiz em torno do perigo efetivo de dano ao ente lesionado; reitero - e não certamente pela última vez - que o perigo não pode ser presumido em abstracto, porquanto é exigível que se revele por meio de indícios confiáveis.

9. Não se pode perder de vista que a jurisdição cautelar, *modernamente dotada de autonomia científica e didática*, não se confunde, como se sabe, com o (impropriamente) chamado *pedido principal*, ou seja, com a pretensão do autor, deduzida no feito-matriz: na verdade, se assim não for, ter-se-á de admitir que o simples acolhimento da inicial de *qualquer processo* já bastaria, por si só, para justificar a concessão de medidas liminares, sendo fora de dúvida que essa orientação representaria um manifesto exagero e, seguramente, a banalização de um *modo específico* de atuação do poder jurisdicional (o poder cautelar).

10. Reverencio os doutos entendimentos em contrário – e assinalo que não poucas manifestações o asseguram – mas alinho-me entre os que sustentam que o deferimento de medidas cautelares – quaisquer que sejam os seus conteúdos – *sempre se subordinam à devida demonstração dos seus pressupostos singulares*, sem o que a sua concessão tenderá a espalhar-se de forma imoderada e sem a aplicação de necessárias contenções formais e materiais; essa orientação, aliás, segue a antiga e reverenciada jurisprudência do STJ, como se vê nestes julgados:

Ação de improbidade administrativa. Liminar de indisponibilidade de bens. Requisitos. Fumus boni iuris e periculum in mora.

1. *O fato de ser admitida a petição inicial da ação de improbidade não gera a presunção de que o réu irá desviar ou dilapidar seu patrimônio a ponto de dispensar a necessária configuração do periculum in mora para o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens.*

2. *Acórdão que entendeu desnecessária a análise acerca do periculum in mora para a concessão da liminar é nulo.*

3. *Recurso especial provido em parte para anular a decisão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, para que realize novo julgamento* (REsp. no. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 18.9.2007).

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Fumus boni iuris e periculum in mora. Inexistência.

1. *A indisponibilidade de bens na ação civil pública por ato de improbidade, pode ser requerida na própria ação, independentemente de ação cautelar autônoma.*

2. *A medida acautelatória de indisponibilidade de bens só tem guarida quando há fumus boni iuris e periculum in mora. O só ajuizamento da ação civil por ato de improbidade não é suficiente para a decretação da indisponibilidade dos bens.*

3. *Recurso especial parcialmente provido (REsp. no. 469.366/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 2.6.2003).*

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Ação civil pública. Responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Fraude em contratos de leasing. Sócio. Responsabilidade solidária. Decretação de indisponibilidade e sequestro de bens. Considerações genéricas. Ausência de fundamentação.

1. *Acórdão a quo, que denegou agravo de instrumento cujo objetivo foi a concessão de efeito suspensivo à liminar que decretou a indisponibilidade e sequestro dos bens do recorrente em Ação Civil Pública de Responsabilidade por Ato de Improbidade Administrativa, a qual objetivou apurar fraudes no âmbito de contratos de leasing.*

2. *Chamamento do recorrente para integrar o polo passivo da demanda sustentado no fato de ser ele o sócio principal da empresa e ter assumido responsabilidade referente aos contratos firmados.*

3. *Decisum recorrido que deixou de avaliar a extensão e as consequências graves da medida tomada, além de não ter tido o cuidado de considerar a caracterização da provisoriedade das alegações iniciais do Ministério Público; não se elencam os fatos que demonstram os fortes indícios de responsabilidade, além de não expor em que consistem os riscos determinantes da decretação estatuída.*

4. *A indisponibilidade de bens, para os efeitos da Lei no. 8.429/1992, só pode ser efetivada sobre os adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade.*

5. *A decretação da disponibilidade e o sequestro de bens, por ser medida extrema, há de ser devida e juridicamente fundamentada, com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal, sob pena de se tornar nula.*

6. *Inocorrência de verificação dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, existência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado.*

7. Enquanto os bens financiados em garantia ao contrato não forem buscados e executados, em caso de inadimplência, para sustentar, com as suas vendas, as prestações assumidas, é impossível, juridicamente, falar-se em prejuízo patrimonial decorrente do referido negócio jurídico. Os bens financiados são da empresa arrendadora; são apenas entregues ao financiado que, após o término do contrato, poderá optar pela sua compra.

8. Inobservância do Princípio da Proporcionalidade (mandamento da proibição de excesso), tendo em vista que não foi verificada a correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível.

9. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.

10. Agravo regimental provido. Recurso especial provido, para cassar os efeitos da indisponibilidade e do sequestro dos bens do recorrente (AgRg no REsp. no. 422.583/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 9.9.2002).

11. Deve-se sublinhar que essa veneranda diretriz foi, de certa forma, abandonada pelos seus próprios propugnadores, porquanto esta Corte Superior passou a adotar posição judicante claramente adversa àquela; contudo, penso que aquele primeiro posicionamento conserva a sua superior percepção da agudeza do problema agora analisado; eis alguns exemplares da atual tendência:

Processual Civil e Administrativo. Agravo em recurso especial. Recurso especial retido. Art. 542, § 3o., do CPC. Ausência de inviabilidade do recurso especial e excepcionalidade a justificar o abrandamento da norma. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Art. 7o., parágrafo único, da Lei no. 8.429/1992. Requisitos para concessão. Periculum in mora implícito. Ausência de fumus boni iuris. Súmula no. 7/STJ.

1. O STJ interpreta com temperança a norma contida no art. 542, § 3o. do CPC, deixando de aplicá-la em situações excepcionais, quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, justa causa que não restou demonstrada no presente caso. Precedentes.

2. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7o., parágrafo único da Lei no. 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.

3. 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’.

4. A demonstração, em tese, do dano ao Erário elou do enriquecimento ilícito do agente, caracteriza o *fumus boni iuris*. Fixada a premissa pela instância ordinária, inidível de modificação em recurso especial, ante o óbice da Súmula no. 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp no. 194.754/GO, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 9.10.2013).

Administrativo. Ação civil pública. Indisponibilidade de bens. Possibilidade. Requisitos. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Periculum in mora abstrato. Tutela antecipada. Requisitos. Revisão. Matéria fático-probatória. Súmula no. 7 do STJ. Indisponibilidade.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp no. 1.319.515/ES, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques firmou o entendimento no sentido de que “estando presente o *fumus boni iuris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.”

2. A iterativa jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para análise dos critérios adotados pela instância ordinária que ensejaram a concessão da liminar ou da antecipação dos efeitos da tutela, é necessário o reexame dos elementos probatórios a fim de aferir a “prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação”, nos termos do art. 273 do CPC, o que não é possível em recurso especial, dado o óbice da Súmula no. 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp no. 350.694/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 18.9.2013)

Processual Civil. Constitucional. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Medida decretada pelo Juízo de Primeiro Grau e cassada pelo Tribunal de origem. Interpretação que não se coaduna com a finalidade da medida assecuratória e diverge da jurisprudência do STJ.

1. O caso origina-se de Ação Civil Pública voltada à apuração de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa consistentes em esquema fraudulento montado para direcionar licitações de ambulâncias nos municípios. Decretada a indisponibilidade dos bens dos réus, a decisão de primeira instância foi suspensa em liminar de Agravo de Instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 1a. Região, que afirmou inexistente o *periculum in mora*.

2. Não se ressente de qualquer dos vícios do art. 535 do CPC o acórdão que decide a controvérsia com fundamentação sucinta, embora contrária aos interesses do recorrente, cuja pretensão aclaratória se confunde com o mérito recursal. Ademais, é corrente na jurisprudência o posicionamento de não estar o julgador obrigado a responder a questionamentos ou a teses das partes, da mesma forma que também não se vincula ao chamado prequestionamento numérico.

3. No mérito, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça a orientação de que o deferimento da medida constritiva não está condicionado à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal e, portanto, é presumido pela mera existência de fundados indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário.

4. A proporcionalidade pode ser utilizada como critério para determinar o alcance do bloqueio patrimonial, mas não para funcionar como requisito a impedir o deferimento da medida. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ já sedimentou entendimento de não ser desproporcional a constrição patrimonial decretada até o limite da dívida, incluindo-se aí valores decorrentes de possível multa civil que venha a ser imposta como sanção autônoma. Precedentes.

5. No específico caso dos autos, a autora expressamente pleiteou que fossem disponibilizados bens dos demandados até o limite do valor necessário para assegurar o efetivo ressarcimento do Erário, o que está de acordo com a jurisprudência do STJ.

6. Recurso Especial parcialmente provido (REsp no. 1.313.093/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 18.9.2013).

12. Mas, ao meu sentir, essa mutação jurisprudencial, embora para incorporar uma concepção que não abono, com todo respeito, mostra que as decisões desta Corte, longe de serem pensamentos cristalizados

e imodificáveis, são, pelo contrário, sensíveis a argumentações novas, a problemas emergentes e a propósitos jurídicos afluentes; exatamente por isso é que acalento a ideia de que a atual orientação jurisprudencial quanto a esse tema, expressa nos acórdãos antes citados, também pode ser alterada, embora não me veja na condição de liderar essa alteração.

13. Aliás, em precedente firmado na 1a. Seção desta Corte Superior de Justiça, de relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, defende-se que na medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7o. da Lei de Improbidade Administrativa, não se vislumbra como uma típica tutela de urgência, mas sim uma *tutela de evidência*, acrescentando-se que o *periculum in mora* é oriundo da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, e não da intenção do agente em dilapidar seu patrimônio; confira-se:

Administrativo. Ação civil pública por improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Tutela de evidência. Cognição sumária. Periculum in mora. Excepcional presunção. Fundamentação necessária. Fumus boni iuris. Necessidade de comprovação. Constrição patrimonial proporcional à lesão e ao enriquecimento ilícito respectivo. Bens impenhoráveis. Exclusão.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei no. 8.429/1992 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7o. do referido diploma legal.

3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7o. da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência,

como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4o.) e da própria Lei de Improbidade (art. 7o.).

5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

6. Verifica-se no comando do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4o., da Constituição, segundo a qual “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”.

7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Precedentes: (REsp no. 1.315.092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 14.6.2012; AgRg no AREsp no. 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 15.5.2012, DJe 24.5.2012; MC no. 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 3.8.2011; EDcl no REsp no. 1.211.986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 9.6.2011.

8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do

enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

10. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o *fumus boni iuris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

15. Recurso especial não provido (REsp no. 1.319.515/ES, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 22.8.2012, DJe 21.9.2012).

14. Todavia, registre-se, com a mais respeitosa vênia, que não há de se confundir a denominada *tutela de evidência* com a tutela cautelar, esta cabível na Ação de Improbidade, uma vez que aquela (a tutela de evidência) somente ocorre quando a relação jurídica material se mostra desenturvada de dúvidas, isto é, na esmerada posição de incontestabilidade.

15. O pedido cautelar lastreia-se em juízo de plausibilidade, e não de evidência, mormente quando a constrição abarca a totalidade dos bens do acionado e ainda pendente a demonstração da ocorrência do alegado dano e a sua extensão.

16. Já a tutela de evidência assemelha-se àquela prestada na Ação de Mandado de Segurança, na qual se pressupõe a defesa de um direito certo e incontestável (expressão do Constituinte de 1934), ou seja, suscetível de prova imediata e demonstração contundente. Nesse sentido, traz-se à baila os ensinamentos do ilustre doutrinador CASTRO NUNES:

Direito certo e incontestável, disse a Corte Suprema, é aquele contra o qual não se podem opor motivos ponderáveis e sim meras alegações, cuja improcedência se reconhece imediatamente, sem necessidade de detido exame (Do Mandado de Segurança, Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 71).

17. Não se pode cogitar, com a devida vênia, que a indisponibilidade dos bens, como medida assecuratória na Ação de Improbidade, seja uma tutela de evidência, uma vez que esta é dotada de irrevogabilidade e definitividade, devendo estar calcada em *provas*; cuida-se, na verdade, de medida acautelatória e provisória, fundamentada no *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e não em provas incontestáveis.

18. Ademais, admitir a presunção do *periculum in mora* consistiria em uma inversão degenerada do ônus probatório, pois ao se presumir o perigo da demora acaba-se por exigir que o acusado produza prova negativa - de que não irá alienar, dilapidar ou onerar seu patrimônio de forma a reduzir-se à insolvência. O perigo da demora não pode ter como fundamento a gravidade do fato alegado na inicial de Improbidade (que sequer restou comprovado), havendo com essa interpretação uma distorção do instituto, que se ampara em provas concretas acerca do risco da demora na prestação jurisdicional, ou seja, em evidências veementes de que o acusado está tentando dilapidar seu patrimônio, a fim de furta-se a cumprir eventual condenação por multa civil ou restituição ao erário.

19. Assim, diferentemente da tutela de urgência, na tutela de evidência, necessária a comprovação documental das alegações de fato, independentemente da demonstração de perigo da demora na prestação jurisdicional. Tal entendimento, inclusive, está sendo perfilhado no Anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro, que em seu art. 306, que trata justamente da tutela de evidência, enuncia o seguinte:

Art. 306 - A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.

20. No caso da Ação de Improbidade não há como se afirmar que a medida de indisponibilidade dos bens seja uma tutela de evidência, pois, além de não ser medida de caráter definitivo, não se admite a existência de prova documental incontestável a respeito do ato de improbidade, uma vez que, tratando-se de Direito Sancionador, imprescindível a investigação probatória, de modo que a responsabilidade do acusado não pode ser presumida: pelo contrário, o que se presume é a sua inocência.

21. Deve-se assinalar que os atos de improbidade noticiados na Ação Civil Pública são inegavelmente graves – ou são mesmo *absolutamente graves* – e merecem, sem dúvida alguma, a repressão e a censura jurídicas por meio a atuação judicial, mas, no exercício e no desempenho dessa relevante atividade, deve o Magistrado respeitar, em todos os casos, por mais graves que sejam, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência, insculpidos superiormente no ordenamento jurídico.

22. Aliás, o desafio da jurisdição moderna – *máxime em sede sancionadora* – é precisamente o de realizar as tarefas da repressão às ilicitudes sem descambar para a inobservância das garantias processuais das pessoas processadas, *embora ceder a essa tentação seja uma ideia que ronda permanentemente, como um fantasma, o exercício da jurisdição repressiva, inclusive (ou sobretudo) no âmbito penal, onde as ilicitudes são mais agressivas e ofendentes dos mais altos valores socialmente prezáveis.*

23. Anote-se que, no contexto da jurisdição cautelar (seja genérica ou específica), para o deferimento de medidas liminares ou antecipatórias, deve o Julgador assegurar-se que estejam presentes os seus requisitos autorizadores, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, pois se trata de providência que tem finalidade *exclusivamente preventiva*, não veiculando, portanto, qualquer eficácia dotada de definitividade; nos casos de restrição à disponibilidade de bens patrimoniais de qualquer espécie, seria desnecessário dizer que a tutela cautelar, dada a sua provisoriidade, *não carrega qualquer eficácia expropriatória.*

24. No caso concreto, não houve a *imprescindível demonstração*, pelo duto órgão ministerial, de qualquer ato ou tentativa de ato, por parte do réu, de dilapidar o seu patrimônio ou parte dele, *sendo certo que essa demonstração é juridicamente indescartável para o deferimento judicial de medida cautelar de indisponibilidade de bens*, como já orientou esta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade. Indisponibilidade de bens. Agravo de instrumento. Possibilidade de se decretar a medida cautelar na hipótese de aplicação de multa pecuniária. Requisito objetivo. Prova da dilapidação do patrimônio. Imprescindibilidade. Agravo não provido.

1. Não há prevalecer o fundamento firmado pelo Tribunal de origem no sentido da impossibilidade de se decretar a indisponibilidade dada a natureza pecuniária da sanção a ser aplicada no caso de procedência da ação de improbidade.

2. É irrazoável a indisponibilidade de todos os bens do recorrido, a considerar, em especial, a ausência de elementos concretos a evidenciar, in casu, a possibilidade de dilapidação dos bens.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. no. 1.168.259/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 3.5.2011).

25. Assim, em que pese a existência de várias decisões em sentido contrário, afirmando ser a cautelaridade ínsita à Ação de Improbidade Administrativa, deve prevalecer, a meu ver, aquela antiga orientação, como pré-definida por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de se promover a segurança jurídica e impedir que sejam cometidos excessos ou condutas imoderadas, invocando-se o princípio da razoabilidade para deferimento de cautelar de indisponibilidade de bens; no mesmo sentido ensina o Professor MARINO PAZZAGLINI FILHO, ao comentar o princípio da razoabilidade:

A razoabilidade significa a justeza, a coerência da ação administrativa em face do fato ou de motivo que a originou. Ela tem que ser resultante de motivo razoável e justo (aceitável, sensato, não excessivo) que legitima, por necessidade social, sua prática (Lei de Improbidade Administrativa Comentada, São Paulo, Atlas, 2005, p. 41).

26. Por fim, adverte-se que deve haver o máximo de moderação – e mesmo de prudência – na autorização judicial de constrição patrimonial dos bens materiais da pessoa imputada de improbidade, porquanto se trata de medida *altamente vexatória* que não deve ser praticada à mão larga, mas somente quando se observar, escrupulosamente, todo o elenco de garantias processuais.

27. A repressão a quaisquer ilícitos e a persecução da reparação dos seus danos, devem se processar com estrita obediência às garantias subjetivas, pois não têm as autoridades, ainda que movidos por altos e legítimos propósitos, a potestade de superar os limites do ordenamento jurídico, nem interpretar as normas pondo-as em confronto com os superiores princípios do sistema; aliás, o Professor NORBERTO BOBBIO já advertia, com inteira e total propriedade, que *nenhuma norma jurídica pode ser apreendida ou compreendida fora do ordenamento em que se integra, por isso que somente com a visão sincrética em todo o sistema é que se pode reconhecer a aplicabilidade dos enunciados normativos.*

28. A mim me parece oportuno lembrar a advertência de que o exercício dos poderes estatais devem ser contidos na sua pulsante tendência expansionista, porquanto os seus critérios de utilidade e de conveniência - embora possam ser relevantes - não servem para justificar a quebra das garantias das pessoas e das pautas jurídicas essenciais ou fundamentais do ordenamento; o professor FÁBIO ROBERTO DÁVILA assim expressa a preocupação garantista:

Se os objetivos tidos como relevantes pelo Estado, como o paradigmático casos do combate ao terror, entram em conflito com a manutenção de direitos e garantias fundamentais, colocando em xeque o êxito na obtenção de tais fins, não se leva a sério a possibilidade de existirem limites materiais intransponíveis à sua atuação. De existirem limites tão fortes que o fracasso diante do seu inimigo seja inevitável, em prol da manutenção de valores ainda mais preciosos, valores que dão legitimidade não só ao seu agir, mas à própria existência do Estado de Direito. E que nessa medida, ao perceber que mesmo o eficientismo mais acerbado encontra barreiras axiológicas inultrapassáveis, em nada teria de fracasso, mas de êxito (Ofensividade em Direito Penal, Porto Alegre, LAEL, 2009, p. 32).

29. Alguns eminentes doutrinadores sustentam, mas sem razão, com a devida vênia, ao meu ver que o art. 37, § 4o. da Constituição teria instituído diretamente a indisponibilidade dos bens do acionado por improbidade administrativa; ousou divergir, respeitosamente, dessa orientação, e o faço, primeiramente por uma razão de ordem sistemática, por perceber que o sistema jurídico brasileiro equilibra-se sobre o pilar de ferro da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais

a envolver, no seu desdobramento, a presunção de inocência contra qualquer imputação, somente excepcionada, ainda que provisoriamente, quando demonstrada a necessidade do seu afastamento.

30. A outra razão da minha discordância desta diretriz é de ordem constitucional positiva, porquanto, a dicção do referido item magno anuncia claramente que as sanções ali contempladas - dentre as quais a indisponibilidade dos bens do acionado - deverão se efetivar *na forma e gradação previstas em lei*; ao que entendo, a norma constitucional remete a aplicação daquelas sanções todas à disciplina do sistema processual, viabilizador das garantias subjetivas (ou individuais) adotadas pelo ordenamento.

31. Na sequência deste raciocínio positivo, observo que a Lei no. 8.429/1992, no seu art. 16, submete a constrição dos bens do acionado à existência de *fundados indícios de responsabilidade*, caso em que a Comissão Processante ou o a Procuradoria do órgão lesado *representará ao Ministério Público para que requeira ao Juízo competente a constrição pretendida*; esse mesmo artigo, no seu § 1o., prevê que o sequestro de bens será processado de acordo com os arts. 822 a 825 do CPC, *o que me faz pensar que outras medidas constrictivas também deverão seguir a lógica da cautelaridade prevista para o sequestro*.

32. Mas, mesmo que se afaste esta conclusão (para mim absolutamente lógica e natural) o art. 16, § 2o. da Lei no. 8.429/1992 estabelece que, *quando for o caso*, o pedido (obviamente de sequestro, porque de outro não se cogita no art. 16 da LIA) *incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens*, o que me convence, definitivamente, que essa medida constrictiva (bloqueio de bens) tem a sua efetivação regida pelas normas processuais que se aplicam a todas tutelas cautelares que o sistema jurídico acolhe.

33. Não creio que possa recolher adeptos a increpação frequente de que a observância das garantias processuais das pessoas se confundam com transigência, tolerância ou até mesmo pacto com as infrações ou infratores; reitero que as garantias processuais são instituídas *precisamente em favor dos infratores*, pois os que não se acham sob a mira de ações sancionadoras não reclamam a proteção dessas garantias; é voz corrente nesta Corte Superior, segundo ponderações do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que o Judiciário e a justiça

existem para assegurar os direitos, as liberdades e as garantias, ideia que, aliás, provém da mente iluminada do Professor JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA.

34. Ante o exposto, nega-se provimento aos Recursos Especiais, reiterando a intransponível distinção entre a tutela cautelar e tutela de evidência, cumprindo que esta Corte, inclusive à vista do emergente CPC, não se esquive de assinalar - já agora - a distinção entre as duas medidas, tanto por amor à pureza doutrinária, como por apreço aos direitos subjetivos dos acionados por improbidade, cuja responsabilidade somente se define após a decisão condenatória, suportada na instrução.

35. Reitero a autonomia do Processo Cautelar, renovando o argumento de que a utilização das tutelas de urgência *não dispensam* a demonstração dos seus pressupostos específicos, ainda que o pedido seja incidente em Ação de Improbidade Administrativa.

36. É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Og Fernandes: Peço vênua ao il. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator originário do feito em epígrafe, para transcrever o relatório atribuído ao presente recurso especial, nestes termos:

1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos pela UNIÃO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fulcro nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, nos quais se insurgem os recorrentes contra o acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 1a. Região, ementado nos seguintes termos:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Improbidade administrativa indícios da prática de atos ímprobos. Indisponibilidade indistinta de bens. Necessidade de comprovação de dilapidação do patrimônio. Ausência do periculum in mora.

1. A indisponibilidade cautelar de bens e direitos do investigado tem por objetivo assegurar a efetividade de eventual decisão judicial condenatória.

2. Para a concessão da medida constritiva de bens e direitos dos demandados em ações de improbidade administrativa, faz-se necessária a presença simultânea de indícios veementes da prática de atos de improbidade administrativa - *fumus boni juris*, além da comprovação de que os requeridos intencionam desfazer do seu patrimônio a fim de frustrar o cumprimento de eventual condenação - *periculum in mora*.

3. Muito embora haja fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa, não cuidou o autor da ação de demonstrar que a parte demandada estaria praticando atos que poderiam acarretar a alteração ou redução do seu patrimônio, capazes de colocar em risco eventual ressarcimento ao erário.

4. Não basta a manifestação de risco abstrato ou mera suposição (presunção) de que, como decorrência do ajuizamento da ação de improbidade, ocorrerá o desfazimento ou dissipação dos bens, pelo réu (AIS no. 0013090-32.2008.4.01.0000/DE, Rel. Desembargadora Federal Assuete Magalhães, Conv. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (conv.), Terceira Turma, e-DJF1 p. 71 de 11.2.2011).

5. A indisponibilidade não pode ser decretada de forma genérica, sem individualização dos bens sobre os quais deve recair a constrição (Precedente: AOS no. 2009.01.0C.0106331-2/MT, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p. 79 de 22.5.2009).

6. Agravo de instrumento provido (fl. 247).

2. Em suas razões de Apelo Nobre, os recorrentes sustentam, além do dissídio jurisprudencial, violação dos 7o. e 16, §§ 1o. e 2o. da Lei no. 8.429/1992, sob o fundamento de que o *periculum in mora* estaria implícito ao dispositivo legal, não havendo necessidade de comprovação da dilapidação do patrimônio.

3. Contrarrazões às fls. 306/316 e 319/329.

4. Parecer do douto Ministério Público Federal às fls. 351/359, manifestando-se pelo desprovimento do Recurso Especial.

5. É o relatório.

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens do promovido em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente, ou não demonstrada

efetivamente, a prática de atos que induzam a conclusão de risco de atos de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado.

A possibilidade de decretação de indisponibilidade dos bens está prevista no art. 7o. da Lei no. 8.429/1992, nos seguintes termos:

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.

Como é possível verificar, aludida legislação estabelece um regime acautelatório próprio a assegurar o ressarcimento dos cofres públicos, em casos de improbidade administrativa, sendo necessária a existência de fortes indícios de responsabilidade do promovido pela prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário. Nesse sentido, é a compreensão formada por esta Corte Superior de Justiça, a exemplo do julgamento proferido para o Recurso Especial no. 1.135.548/PR, de relatoria da em. Min. Eliana Calmon, segundo o qual: *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'* (DJ 22.6.2010).

De fato, é de se notar que o *periculum in mora* está implícito no próprio comando do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 – que, por sua vez, atende à determinação contida no art. 37, § 4o., da Constituição da República, assim redigido:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 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. - grifos acrescidos

Nessa linha de raciocínio, é de se considerar que a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando o patrimônio ou de que estejam na iminência de fazê-lo.

Isso porque, como bem ponderado pelo em. Ministro Herman Benjamin, ao relatar o Recurso Especial no. 1.115.452/MA (DJ 20.4.2010), (...) *a indisponibilidade dos bens visa, justamente, a evitar que ocorra a dilapidação patrimonial. Não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação. Exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da Medida Cautelar em foco e, muitas vezes, inócua.*

Com base nessas premissas, percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7º. da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

Realmente:

4. É desnecessária a prova do periculum in mora concreto, ou seja, de que os réus estariam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de fumus boni iuris, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade. Precedentes.

(REsp no. 1.203.133/MT, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 28.10.2010)

Essencial, nesse ponto, ainda, trazer a lume os fundamentos que constaram do julgamento do Recurso Especial no. 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator para acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (DJe 21.9.2012):

Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato

de improbidade administrativa, nos termos do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992, sem a demonstração do risco de dano (periculum in mora), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

A improbidade administrativa é a caracterização atribuída pela Lei no. 8.429/1992 a determinadas condutas praticadas por qualquer agente público e também por particulares contra “a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” (art. 1o.). As definições de tais condutas estão previstas nos artigos 9o. (Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito), 10 (Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário) e 11 (Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública) da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Pela Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa busca-se, além da punição do agente, o ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, bem como a reversão dos produtos obtidos com o proveito do ato ímprobo.

Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei no. 8.429/1992 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Elas estão descritas nos artigos 7o., 16 e 20 do referido diploma legal, a saber: a indisponibilidade, o sequestro de bens e o afastamento cautelar do agente público. No presente caso, abordaremos a indisponibilidade de bens.

De início, é importante ressaltar que não existe qualquer pré-julgamento a respeito da culpa ou não dos agentes em relação às irregularidades na decretação da indisponibilidade dos bens, não ostentando qualquer caráter sancionatório, pois, como já dito, o que se busca com essa medida é a futura reparação do danos.

O art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 (LIA) dispõe:

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.

*As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).*

*Ocorre que, no caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7o. da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4o.) e da própria Lei de Improbidade (art. 7o.).*

A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

Nessa linha, vejamos trecho do texto “As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório”, de autoria do Procurador da República Ronaldo Pinheiro de Queiroz, in verbis:

(...)

A tutela de urgência foi criada para preservar o bem da vida quando a demora na prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade prática. Já a tutela de evidência prestigia as situações em que há uma grande probabilidade de o autor ter razão, bem como o bem da vida tutelado tem grande relevância social e, por eleição do legislador, confere-se-lhe a possibilidade de fruição imediata e provisória do bem ou que o mesmo seja desde logo resguardado.

Adroaldo Furtado Fabrício traz exemplos de tutela de urgência e de tutela de evidência. Para o renomado autor, quando o juiz concede uma produção antecipada de provas, está privilegiando o critério urgência em detrimento de qualquer outro interesse, sem se precisar

cogitar da maior ou menor probabilidade de ter razão o requerente. Já a tutela de evidência pode ser visualizada no deferimento de uma liminar possessória, para a qual basta uma presunção de veracidade do alegado baseada em um dado objetivo, independente de qualquer urgência. Outro exemplo é o caso de tutela antecipada em razão do abuso do direito de defesa (CPC, art. 273, II).

*O enfrentamento desta questão é importante porque repercute, ainda que indiretamente, no princípio do contraditório, já que, sendo uma tutela de urgência, o âmbito de reação do réu volta-se para a negação do *fumus boni juris* e/ou do *periculum in mora*, ao passo que, diante de uma tutela de evidência, a sua contrariedade restringe-se aos fatos apontados pelo autor e que a lei considera suficiente para demonstrar a plausibilidade do direito.*

Dentro dessa linha de raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque efetuou um corte metodológico nas duas medidas cautelares patrimoniais, no qual conseguiu apontar diferenças ontológicas e de finalidade.

*Para o professor da Universidade de São Paulo, a indisponibilidade prevista no art. 7o. da LIA está restrita ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Necessita a parte apontar o valor do suposto dano ou do acréscimo patrimonial e pleitear a indisponibilidade sobre os bens suficientes ao ressarcimento a ser decidido em outra sede. Aqui basta que se demonstre a verossimilhança. Desnecessário comprovar o perigo de dano, pois o legislador contentou-se com o *fumus boni juris*, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público.*

Adverte o mencionado autor, contudo:

(...) que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias está relacionado à urgência e à evidência.

(...)

*Verifica-se no comando do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação*

contida no art. 37, § 4o., da Constituição, segundo a qual “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”.

O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992.

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

(...)

Desse modo, como afirmado pelo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, no REsp no. 1.315.092/RJ, DJe 14.6.2012, “é importante reiterar e salientar essa circunstância: a indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4o. da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Daí o acertado entendimento do STJ no sentido de que, para a decretação de tal medida, dispensa-se a demonstração do risco de dano (periculum in mora), que é presumido pela norma, bastando ao demandante deixar evidenciada a relevância do direito (fumus boni iuris), ou seja, a configuração do ato de improbidade e a sua autoria”.

Ressalta-se que a decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

(...)

Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes pelo valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

Assim, aplica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, até a liquidação, devem permanecer bloqueados quantos bens foram bastantes para dar cabo da execução em caso de procedência da ação.

Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

(...)

Nessa linha, a constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sus subsistência.

Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora.

(...)

Aliás, nem a constrição provoca qualquer situação de dano irreparável para a parte. No curso da instrução do feito, se for o caso, a medida pode ser levantada, no todo ou em parte. Reitere-se que o magistrado de 1o. grau proferiu apreciação bem fundamentada e concluiu que há indícios convincentes de atuação problemática do agravante. No mínimo teria ocorrido a falta de planejamento adequado e falta de cuidado na aplicação de recursos públicos. Assinalou que o acervo probatório que instrui a petição inicial do MPF apresenta fortes indícios de ilicitude nas licitações, que foram realizadas supostamente de forma fraudulenta. Apontou, ainda, que o estudo realizado pela COPPETEC-UFRJ traça várias impropriedades detectadas nos projetos e falhas estruturais da construção.

(...)

*Ora, pela leitura do trecho acima, verifica-se que houve pela Corte de origem conclusão pela existência do *fumus boni iuris*, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta.*

*Ora, estando presente o *fumus boni juris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.*

De fato, a nossa jurisprudência notabiliza-se pelo reconhecimento de peculiaridades no âmbito do sistema acautelatório das ações de improbidade:

Processual Civil e Administrativo. Agravo em recurso especial conhecido. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Assunção ilegal de dívidas pelo Município. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. Art. 10 da Lei no. 8.429/1992. Elemento subjetivo. Culpa demonstrada. Negligência do ex-prefeito. Ocorrência de dano ao erário. Premissa fática da instância ordinária. Súmula no. 7/STJ. Aplicação da Lei no. 8.429/1992 aos agentes políticos. Compatibilidade com o Decreto-Lei no. 201/1967.

1. Inexiste litisconsórcio passivo necessário (art. 47 do CPC) com partes não atingidas pelo provimento judicial almejado.

2. O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º. e 11 da Lei no. 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário).

3. Inviável a modificação da premissa fática estabelecida pela instância ordinária, referente à ocorrência de lesão patrimonial ao erário, ante o óbice da Súmula no. 7/STJ.

4. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei no. 201/1967 e a Lei no. 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes.

5. Agravo em recurso especial conhecido para negar provimento ao recurso especial.

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Assunção ilegal de dívidas pelo Município. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Súmula no. 284/STF. Indisponibilidade de bens. Dano patrimonial ao erário reconhecido. Deferimento da medida justificada. Periculum in mora implícito. Desnecessidade de individualização de bens. Multa civil inaplicável. Prescrição das demais sanções da LIA.

1. Ao alegar violação ao art. 535 CPC, deve o recorrente indicar com precisão em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Aplica-se a Súmula no. 284/STF quando forem genéricas as alegações.

2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei no. 201/1967 e a Lei no. 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes.

3. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º., parágrafo único, da Lei no. 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.

4. O periculum in mora está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de indisponibilidade, uma vez que visa a 'assegurar o integral ressarcimento do dano'.

5. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, nas demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade

prevista no art. 7o., parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet.

6. A medida constritiva em questão deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Precedentes do STJ.

7. Considerando a ocorrência da prescrição punitiva em relação às demais sanções da LIA, como é o caso da multa civil, a indisponibilidade de bens deve apenas assegurar a recomposição do dano.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp no. 1.256.232/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 19.9.2013, DJe 26.9.2013)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Violação configurada. Periculum in mora presumido.

1. Trata-se, originariamente, de Ação que visa ao reconhecimento de improbidade administrativa por irregularidade na prestação de contas referentes ao repasse de recursos financeiros de verbas destinadas a custear transporte escolar e merenda (PNAE E PNATE), com prejuízo de aproximadamente R\$ 500 mil (valores de outubro de 2009). A indisponibilidade de bens foi indeferida na origem, por ausência de periculum in mora.

2. Assente na Segunda Turma do STJ o entendimento de que a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Posição contrária tornaria difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da Medida Cautelar em foco. O periculum in mora é considerado implícito. Precedentes: EDcl no REsp no. 1.211.986/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 9.6.2011; REsp no. 1.319.515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 21.9.2012; REsp no. 1.205.119/MT, Segunda Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 28.10.2010; REsp no. 1.203.133/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe 28.10.2010; REsp no. 1.161.631/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro HUMBERTO

MARTINS, DJe 24.8.2010; REsp no. 1.177.290/MT, Segunda Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 1.7.2010; REsp no. 1.177.128/MT, Segunda Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 16.9.2010; REsp 1.134.638/MT, Segunda Turma, Relator Ministra ELIANA CALMON, DJe 23.11.2009.

3. Recurso Especial provido para conceder a medida de indisponibilidade de bens.

(REsp no. 1.343.371/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 18.4.2013, DJe 10.5.2013)

Administrativo. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Periculum in mora presumido. Precedentes. Fumus boni iuris. Análise. Impossibilidade. Óbice da Súmula no. 7/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp no. 197.901/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 28.8.2012, DJe 6.9.2012)

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade dos bens. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Decretação. Requisitos. Entendimento do STJ de que é possível antes do recebimento da inicial. Suficiência de demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito (fumaça do bom direito). Perigo da demora implícito. Independência de dilapidação patrimonial. Incidência também sobre bens adquiridos antes da conduta. Tribunal de origem que individualiza as condutas e indica dano ao erário em mais de quinhentos mil reais. Súmula no. 83/STJ.

1. Hipótese na qual se discute cabimento da decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

2. O acórdão recorrido consignou expressamente “haver prejuízo ao erário municipal”, bem como que “estariam presentes os requisitos necessários (fumus boni iuris e o periculum in mora) (...) limitado ao valor total de R\$ 535.367.50”.

3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação

de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do fumus boni iuris; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o periculum in mora está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes: REsp no. 1.115.452/MA; REsp no. 1.194.045/SE e REsp no. 1.135.548/PR.

4. Ademais, a indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC no. 11.139/SP).

5. Destarte, para reformar a convicção do julgador pela necessidade da medida em favor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula no. 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp no. 20.853/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 21.6.2012, DJe 29.6.2012)

Recurso especial. Improbidade administrativa. Indisponibilidade dos bens. Decretação. Requisitos. Art. 7º. da Lei no. 8.429/1992. Revisão. Fatos. Não-cabimento. Súmula no. 7/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de periculum in mora concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de fumus boni iuris, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade. Precedentes: REsp no. 1.203.133/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, REsp no. 967.841/PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 8.10.2010, REsp no. 1.135.548/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe 22.6.2010;

REsp no. 1.115.452/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 20.4.2010.

2. O Tribunal de origem, porém, em nenhum momento manifestou-se sobre a plausibilidade da responsabilidade imputada ao recorrido.

3. É vedada a imersão no conjunto fático-probatório da demanda, nos termos da Súmula no. 7/STJ, para a apreciação das provas documentais apontadas pelo recorrente, a fim de aferir se o recorrido incorreu ou não em dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Precedentes.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp no. 1.190.846/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 10.2.2011)

Há de ser mencionado, ainda, que, a teor da jurisprudência do STJ, a indisponibilidade pode alcançar tantos bens quantos forem necessários a garantir as consequências financeiras da prática de improbidade, mesmo os adquiridos anteriormente à conduta ilícita (Nesse sentido: REsp no. 637.413/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 7.5.2009, DJe 21.8.2009; e AgRg no REsp no. 895.608/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 27.5.2008).

Observo, por outro lado, que o próprio Tribunal de origem reconheceu, explicitamente, a existência de fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa no caso concreto (é o que se depreende do item 3 da ementa do acórdão ora recorrido – e-STJ, fl. 247), não confirmando a decisão agravada por entender que o *periculum in mora* só estaria configurado se demonstrado, pela parte autora, a prática de atos que poderiam acarretar a alteração ou redução do seu patrimônio, requisito este que, em se tratando de ações subordinadas ao tema da improbidade administrativa, não se impõe.

Nessa linha de raciocínio, inclusive, cito trecho do parecer proferido pela Procuradoria para este recurso especial, na forma do qual: (...) *há situações atípicas em que o ordenamento jurídico autoriza sejam tomadas medidas dessa natureza sem que seja necessária a demonstração da intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio, presumindo, assim, a presença do periculum in mora em razão do próprio bem tutelado (...). De igual modo, a Lei no. 8.429/1992, visando à defesa do patrimônio*

público e atendendo ao comando constitucional do art. 37, § 4o., da CF, trouxe a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens do agente ímprobo ou do beneficiário sem exigir a demonstração de atos de dissipação patrimonial, consoante disposto na redação do art. 7o. (...) (e-STJ, fls. 396/397).

Inegável, pois, que a medida cautelar instituída pela Lei de Improbidade Administrativa apresenta-se com caráter especial – que realça a necessidade de segurança jurídica, não estando submetida, por essa razão, à compreensão geral das cautelares, sob pena de serem suplantados os próprios propósitos da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa.

Ante o exposto, rogando vênias ao ilustre Relator, dou provimento aos recursos especiais, no sentido de restabelecer a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

Assim é como voto.

VOTO-VOGAL

Ementa: Administrativo. Recursos especiais. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Tutela de evidência. Cognição sumária. *Periculum in mora*. Excepcional presunção. Prescindibilidade da demonstração de dilapidação patrimonial. *Fumus boni iuris* necessidade de comprovação. Constrição patrimonial. Limites. Precedentes do STJ. Recursos especiais providos. Sistemática de julgamento prevista no art. 543-C do CPC.

1. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

2. Ocorre que, no caso da indisponibilidade de bens em ação civil de improbidade administrativa, prevista no art. 7o. da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez

que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade.

3. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

4. Verifica-se no comando do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º., da Constituição, segundo a qual *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.*

5. Nesse contexto, a Primeira Seção desta Corte Superior firmou a orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração de *periculum in mora*, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp no. 1.319.515/ES, 1ª. Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.9.2012). No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior: AgRg no REsp no. 1.398.921/PI, 2ª. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.12.2013; AgRg no AREsp no. 194.754/GO, 1ª. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 9.10.2013; AgRg no AREsp no. 144.195/SP, 2ª. Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 9.4.2013; AgRg no REsp no. 1.312.389/PA, 1ª. Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES

LIMA, DJe 14.3.2013; AgRg no REsp no. 1.342.327/AM, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 5.2.2013; REsp no. 1.280.826/MT, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 19.12.2012; AgRg no AREsp no. 20.853/SP, 1a. Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 29.6.2012; REsp no. 1.315.092/RJ, 1a. Turma, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 14.6.2012.

6. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

7. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

8. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

9. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais

contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

10. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

11. No caso dos autos a Corte de origem, ao analisar a controvérsia, apesar de reconhecer a presença do *fumu boni iuris* (presença de indícios de ato de improbidade administrativa), afastou o *periculum in mora* ante a falta de demonstração de que haveria conduta por parte dos agentes demandados no sentido de que estaria ocorrendo a dilapidação, ocultação ou desvio do patrimônio a fim de frustrar a eficácia de eventual execução da procedência do pedido.

12. Recursos Especiais providos.

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Adoto o relatório contido no voto condutor.

O ilustre Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto no sentido de negar provimento aos recursos especiais, com a seguinte ementa:

Recurso Especial. Direito Sancionador. Improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens. Arts. 7o. e 16 da Lei no. 8.429/1992. Não demonstração de ato ou tentativa de alienar, onerar ou dilapidar bens patrimoniais. Necessidade de fumus boni iuris e periculum in mora para a imposição da medida constritiva. Ausência de comprovação fática a comportar tutela de evidência. Recursos especiais desprovidos.

1. A Lei no. 8.429/1992 prevê, em seus arts. 7o. e 16, a possibilidade da concessão judicial de providência de natureza preventiva patrimonial (decretação da indisponibilidade de bens)

para acautelar eventual ressarcimento ao erário, nos casos de lesão ao patrimônio público (art. 9o. da LIA) e de enriquecimento ilícito (art. 10 da LIA), derivado de ato ímprobo.

2. Essa medida constritiva, pela sua natureza claramente cautelar, pressupõe que estejam evidenciados veementes indícios de responsabilidade do agente, pela prática do ato de improbidade (fumus boni iuris), e também elementos indicadores do fundado receio de frustração do ressarcimento futuro, tais como alienação, oneração ou dilapidação dos bens do acionado (periculum in mora), ou a sua tentativa.

3. O sequestro de bens do acionado e o seu bloqueio, por serem inquestionáveis medidas cautelares ou tutelas judiciais provisórias (até por causa da sua revogabilidade), devem observar o procedimento legal específico para essa modalidade de atuação jurisdicional (arts. 37, § 4o. da CF/1988 e 16 §§ 1o. e 2o. da Lei no. 8.429/1992); não se há de confundir a denominada tutela de evidência com a tutela cautelar, esta cabível na Ação de Improbidade, uma vez que aquela (a tutela de evidência) somente ocorre quando a relação jurídica material se mostra desenturvada de dúvidas, isto é, na esmerada posição de incontestabilidade jurídica.

4. Não se pode cogitar, portanto, que a indisponibilidade dos bens, como medida assecuratória na Ação de Improbidade, seja uma tutela de evidência, uma vez que esta é dotada de irrevogabilidade e definitividade, devendo estar calcada em provas; cuida-se, na verdade, de medida acautelatória e provisória, fundamentada no fumus boni iuris e periculum in mora, e não em provas incontestáveis.

5. A Ação de Improbidade, dado o seu paralelismo com a Ação Penal, ante sua evidente carga sancionatória, aplicam-se os mesmos postulados garantísticos processuais penais, que impedem que uma pessoa, apenas por ter contra si recebida a denúncia, seja automaticamente levada ao cárcere.

6. Claro que não se discute a eventualidade da prisão preventiva, espécie de medida cautelar privativa de liberdade, mas ela somente é admissível no contexto em que se evidencie a sua patente necessidade (art. 312 do CPP), ou seja, não se trata de um juízo apriorístico, mas de um juízo contextual, induzido, portanto, de elementos dotados de confiabilidade; no juízo de evidência, porém, tem-se uma conclusão a priori.

7. s cautelares cabíveis na Ação de Improbidade, como a constrição patrimonial, igualmente demandam, para o seu deferimento, os

mesmos requisitos exigidos para as ações cautelares em geral: a fumaça do bom direito e o perigo da demora, sem o que perdem toda a sua legitimidade.

8. *O pedido cautelar lastreia-se em juízo de plausibilidade (não de evidência), mormente quando a constrição abarca a totalidade dos bens do acionado e ainda pendente a demonstração da ocorrência do alegado dano e a sua extensão; essa é a antiga orientação jurisprudencial do STJ (AgRg no REsp. no. 422.583/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 9.9.2002; REsp. no. 469.366/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 2.6.2003; REsp. no. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 18.9.2007), hoje não mais seguida sem ressalvas.*

9. *O art. 37, § 4o. da Carta Magna, ao aludir à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, não estabelece a constrição automática ou necessária, tanto que a subordina à forma e gradação previstas em lei; tal dicção remete essa indisponibilidade à regulação normativa: o art. 16 da Lei no. 8.429/1992 prevê que o MP requiera ao Juízo o sequestro de bens do acionado, atendendo aos arts. 822 e 825 do CPC (§ 1o.), enquanto o § 2o. deste dispositivo contempla que outras medidas restritivas – inclusive o bloqueio de bens – se façam nos termos da lei; as medidas cautelares, independentemente das denominações que ostentem, são sempre subordinadas à ação (dita) principal e aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, cumulativamente.*

10. *A repressão a quaisquer ilícitos e a persecução da reparação dos seus danos devem se processar com estrita obediência às garantias subjetivas, pois não têm as autoridades, ainda que movidas por altos e legítimos propósitos, a potestade de superar os limites do ordenamento jurídico, nem interpretar as normas pondo-as em confronto com os superiores princípios do sistema.*

11. *No caso em exame, conforme salientou a Corte de origem, não se evidenciou que tivesse o recorrido praticado, ou tentado praticar, atos visando onerar, dilapidar ou alienar os seus bens, ou parte deles. Apenas a gravidade do ilícito e o seu vulto não são suficientes para justificar a referida medida judicial de urgência; no âmbito do Direito Sancionador, por calcar-se a iniciativa postulatória em condutas subjetivamente avaliáveis, deve-se evitar a adoção de soluções lineares ou automáticas, pois se trata de normas punitivas, cuja aplicação sempre dependem de ponderações peculiares e tópicas.*

12. *Recursos Especiais desprovidos.*

Data maxima venia do entendimento exposto pelo ilustre Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ousou discordar da conclusão do julgamento dos presentes recursos especiais.

A pretensão merece acolhimento.

O art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 (LIA) dispõe:

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.

As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

Ocorre que, no caso da indisponibilidade de bens em ação civil de improbidade administrativa, prevista no art. 7o. da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade.

A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

Verifica-se no comando do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4o., da Constituição, segundo a qual *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.

Nesse contexto, a Primeira Seção desta Corte Superior firmou a orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração de *periculum in mora*, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei 8.429/1992, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* que consiste em indícios de atos ímprobos:

Administrativo. Ação civil pública por improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Tutela de evidência. Cognição sumária. Periculum in mora. Excepcional presunção. Fundamentação necessária. Fumus boni iuris. Necessidade de comprovação. Constrição patrimonial proporcional à lesão e ao enriquecimento ilícito respectivo. Bens impenhoráveis. Exclusão.

1. *Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992, sem a demonstração do risco de dano (periculum in mora), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.*

2. *Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei no. 8.429/1992 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7o. do referido diploma legal.*

3. *As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o fumus boni iuris (plausibilidade do direito alegado) e o periculum in mora (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).*

4. *No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7o. da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do*

prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4o.) e da própria Lei de Improbidade (art. 7o.).

5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

6. Verifica-se no comando do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4o., da Constituição, segundo a qual “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”.

7. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Precedentes: (REsp 1.315.092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 14.6.2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 15.5.2012, DJe 24.5.2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 3.8.2011; EDcl no REsp 1.211.986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 9.6.2011.

8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida

cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

10. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela

própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do fumus boni iuris, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram suspostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o fumus boni iuris, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (periculum in mora), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

15. Recurso especial não provido.

(REsp no. 1.319.515/ES, 1a. Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.9.2012)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior: AgRg no REsp no. 1.398.921/PI, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.12.2013; AgRg no AREsp no. 194.754/GO, 1a. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 9.10.2013; AgRg no AREsp no. 144.195/SP, 2a. Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 9.4.2013; AgRg no REsp no. 1.312.389/PA, 1a. Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 14.3.2013; AgRg no REsp no. 1.342.327/AM, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 5.2.2013; REsp no. 1.280.826/MT, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 19.12.2012; AgRg no AREsp no. 20.853/SP, 1a. Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 29.6.2012; REsp no. 1.315.092/RJ, 1a. Turma, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 14.6.2012.

Ressalta-se que a decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a constrição patrimonial deve recair sobre os bens dos réus em ação civil de improbidade administrativa de modo suficiente

a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp no. 1.135.548/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 22.6.2010; REsp no. 1.115.452/MA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 20.4.2010.

Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

No caso dos autos a Corte de origem, ao analisar a controvérsia, consignou (fls. 244/245):

A decisão agravada foi deferida nos seguintes termos, verbis:

A natureza da medida cautelar é instrumental,- não está adstrita ao julgamento do mérito da demanda principal, mas a requisitos próprios, a fim de assegurar instrumentalidade do processo. Verifica-se a necessidade de adoção da medida cautelar supra indicada tendo em vista as especificidades do caso concreto, sintonizada com as provas acostadas aos autos, com o ordenamento jurídico, referindo-se à doutrina e jurisprudência para respaldá-la.

*Foram acostadas provas consistentes que demonstram o *fumus boni uns*, vale dizer, a plausibilidade, a verossimilhança de prática de atos que importaram dano ao patrimônio público pelos acionados. Por outro lado, decorre da própria lei o preceito de garantia de indenização ao erário dos prejuízos ocasionados pelos acionados.*

Existe o fundado receio de que, com o conhecimento da propositura desta demanda, os acionados possam extraviar ou dissipar os seus bens, tornando ineficaz uma futura recomposição ao erário. Não são

outros os motivos que tornam imprescindíveis a adoção de medida judicial célere para evitar que um ato posterior torne-se inócuo.

Não é dispiciendo ressaltar que a indisponibilidade de bens é uma medida que busca evitar dilapidação de bens pelos acionados e garantia de resultado útil do processo, qual seja, integral ressarcimento do dano, o que não impede o exercício de posse sobre os bens por eles, mas restringe seu uso para impedir atos de alienação, de disposição.

*Assim, presentes os requisitos de natureza cautelar - fumus boni iuris, consubstanciado no conjunto probatório colhido nos autos do procedimento fiscalizatório da CGU e periculum in mora, evidenciado pelo risco ao resultado útil do processo se não houver patrimônio para garantir ressarcimento de dano em eventual prosseguimento da demanda e condenação, concedo a medida cautelar requerida na petição inicial para decretar a INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS ACIONA DOS, até o montante de R\$ 18.011,49 (dezoito mil e onze reais e quarenta e nove centavos), montante devidamente atualizado do alegado pagamento indevido realizado com recursos do PAB. “(cf. lis. 192/195) Conforme já consignado na decisão proferida em sede de cognição sumaria, esta e. 3a. Turma consolidou entendimento no sentido de que a indisponibilidade de bens, ainda que limitada ao suposto valor do dano causado ao erário, é medida restritiva que exige, além de * indícios de autoria e materialidade, prova de que a parte demandada possui intenção de dila pidar ou ocultar o patrimônio, para furtar-se de eventual condenação imposta ao final da ação.*

(...)

Não há comprovação, nos autos, de que a parte agravante estaria praticando atos consistentes na dilapidação do seu patrimônio, colocando em risco eventual ressarcimento ao erário. Assim sendo, ausente o periculum in mora no caso concreto, não há razão para a decretação da medida assecuratória em questão.

(...)

Por outro lado, a decretação genérica de indisponibilidade de bens, sem a individualização daqueles sobre os quais deve recair a medida constrictiva, é prática repudiada por esta Corte (Precedente: AG no. 2009.01.00.010631-2/MT, Rei. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.79 de 22.5.2009).

Feitas essas considerações, não havendo razão para prestigiar o entendimento do Juízo a quo, confirmo os fundamentos da decisão

que deferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para cassar a indisponibilidade de bens decretada em face do recorrente.

Assim, apesar de reconhecida a presença do *fumu boni iuris* (presença de indícios de ato de improbidade administrativa), o *periculum in mora* foi afastado ante a falta de demonstração de que haveria conduta por parte dos agentes demandados no sentido de que estaria ocorrendo a dilapidação, ocultação ou desvio do patrimônio a fim de frustrar a eficácia de eventual execução da procedência do pedido.

Ante o exposto, rogando vênias ao entendimento do ilustre Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, voto no sentido de dar PROVIMENTO AOS RECURSOS ESPECIAIS, a fim de determinar a indisponibilidade dos bens da parte recorrida desde que observados a possível extensão do dano causado ao erário, o proveito patrimonial decorrente do ato imputado como ímprobo, bem como de eventual multa civil a ser aplicada.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: A medida cautelar de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa (L. no. 8.428/1992, art. 7o.) pode ser deferida em dois momentos, a saber:

a) por ocasião do despacho inicial, sempre que as circunstâncias do caso induzam à conclusão de que a só ciência da propositura da demanda poderá levar o réu a distrair seu patrimônio dos efeitos de eventual sentença de procedência do pedido; e

a) na decisão em que o juiz ordena o processamento da ação (L. no. 8.429/1992, art. 17, § 8o.) após o exame da manifestação prévia do réu (L. no. 8.429/1992, art. 17, § 7o.).

Tanto num caso como no outro o deferimento da medida cautelar está sujeita ao prudente crivo judicial; em outras palavras, do ajuizamento da ação não se segue *automaticamente* a constrição. Quando a lei quer

esse efeito automático, a norma legal é expressa. Exemplo disso é o art. 36, *caput* e § 1o., da Lei no. 6.024, de 1974, a seguir transcritos:

Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1o. A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.

O risco abstrato de que os bens do réu poderão ser dissipados não constitui motivação suficiente para o deferimento da medida cautelar.

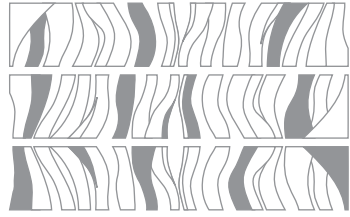
Voto, por isso, no sentido de conhecer dos recursos especiais, negando-lhes provimento.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: A Lei de Improbidade, no art. 7o., não refoge da regra da Constituição. A regra da Constituição, em seu art. 93, IX, diz *todas as decisões*. Basta verificarmos se se trata de uma decisão e não de um despacho de mero expediente. Sabemos que o CPC, no seu art. 162, define sentença, decisão e despacho. Então, tendo o conteúdo decisório e uma liminar que restringe a disponibilidade dos bens de alguém, evidentemente que tem um conteúdo decisório fortíssimo que restringe o patrimônio. A Constituição, no art. 5o., inciso LIV, diz que, nessas hipóteses, deve ser assegurado o devido processo, porque está restringindo um direito fundamental que é o direito ao patrimônio.

Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, no caso concreto, a meu ver não há contradição entre a posição adotada pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, levando em conta o contexto em que ocorreu a decisão recorrida, e o recurso em que V. Exa. foi o Relator. As duas situações são distintas. Como são distintas, e como diz o Sr. Ministro Ari Pargendler, é difícil neste caso adotar o procedimento do repetitivo, porque cada caso é isolado e tem as suas particularidades.

Peço vênia para, no caso concreto, votar de acordo com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sem correr o risco, a meu juízo, de estar sendo contraditório com o meu voto naquele outro caso, porque as situações são díspares.



PRIMEIRA TURMA

RECURSO ESPECIAL No. 1.066.772-MS (2008/0129806-1)

Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES

Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Recorrido: Zelmo de Brida

Advogado: José Wanderley Bezerra Alves e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Prefeito. Aplicação da Lei no. 8.429/1992 e do Decreto no. 201/1967 de forma concomitante. Ato improbo que também pode configurar crime funcional. Inexistência de *bis in idem*. Juízo singular cível e Tribunal de Justiça. Inaplicabilidade do precedente do STF (Reclamação no. 2.138-RJ) *in casu*.

1. Os cognominados crimes de responsabilidade ou, com designação mais apropriada, as infrações político-administrativas, são aqueles previstos no art. 4o. do Decreto-Lei no. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato, *litteris*: *São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato [...]*.

2. Deveras, as condutas tipificadas nos incisos do art. 1o. do Decreto-Lei no. 201/1967 versam os crimes funcionais ou crimes de responsabilidade impróprios praticados por prefeitos, cuja instauração de processo criminal independente de autorização do Legislativo Municipal e ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça, *ex vi* do inciso X do art. 29 da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o art. 2o. dispõe que os crimes previstos no dispositivo anterior são regidos pelo Código de Processo Penal, com algumas alterações: *O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações [...]* (Precedentes: HC no. 69.850-RS, Relator Ministro FRANCISCO REZEK,

Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994 e HC no. 70.671-PI, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 19 de maio de 1995).

3. A responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público. Enquanto que o Decreto-Lei no. 201/1967 versa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1o.) e por infrações político-administrativas (art. 4o.). Já a Lei no. 8.429/1992 prevê sanções civis e políticas para os atos improbados. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso.

4. A Lei no. 8.492/1992, em seu art. 12, estabelece que *Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato improprio pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.*

5. O *bis in idem* não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1o. do Decreto-Lei no. 201/1967, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).

6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl no. 2.138-RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro GILMAR MENDES (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que *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, não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles.

7. Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei no. 1.079/1950, mas faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e a competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp no. 884.083-PR, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJ de 26 de março de 2009; REsp no. 1.103.011-ES, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ de 20 de maio de 2009; REsp no. 895.530-PR, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 04 de fevereiro de 2009; e REsp no. 764.836-SP, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, relator para acórdão ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008).

8. O STF, no bojo da Rcl no. 2.138-RJ, asseverou que *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)* e delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei no. 1.079/1950 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei no. 1.079/1950, preveem sanções de ordem política, como, *v.g.*, infere-se do art. 2o. da Lei no. 1.079/1950 e do art. 12 da Lei no. 8.429/1992. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de *bis in idem*, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.

9. No caso *sub examinem*, o sentido é oposto, pois o Decreto no. 201/1967, como anteriormente demonstrado, dispõe sobre crimes funcionais ou de responsabilidade impróprios (art. 1o.) e também a respeito de infrações político-administrativas ou

crimes de responsabilidade próprios (art. 4o.); estes submetidos a julgamento pela Câmara dos Vereadores e com imposição de sanção de natureza política e aqueles com julgamento na Justiça Estadual e com aplicação de penas restritivas de liberdade. E, tendo em conta que o Tribunal *a quo* enquadrou a conduta do recorrido nos incisos I e II do art. 1o. do diploma supra (*apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio e utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos*), ou seja, crime funcional, ressoa evidente que a eventual sanção penal não se sobreporá à eventual pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa. Dessa forma, não se cogita *bis in idem*.

10. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, por motivo de licença, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 3.9.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso especial, às fls. 765-790, arrimado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja ementa está consignada nos seguintes termos, *in verbis*:

Agravo de instrumento. Ilegitimidade ativa do representante do Ministério Público ajuizar ação civil pública. Preliminar rejeitada. Chefe do Poder Executivo. Agente político. Processo licitatório. Lei de Improbidade Administrativa. Decreto-Lei no. 201/1967. Recurso provido.

O Ministério Público é parte legítima para defender os interesses individuais homogêneos quando for relevante o interesse público e social a ser tutelado.

O prefeito, por ser o chefe do poder executivo, é agente público, mas também político e, assim, responde por eventuais irregularidades do processo licitatório, porém, pelo princípio da especialidade, deve-se-lhe aplicar os termos do Decreto-Lei no. 201/1967, e não a Lei de Improbidade Administrativa (fl. 756).

Noticiam os autos que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou ação civil pública por atos de improbidade administrativa em desfavor de Zelmo Brida, porquanto este, no exercício do mandato de prefeito do Município de Naviraí-MS, supostamente teria contratado a prestação de serviços advocatícios desnecessariamente, pois a municipalidade em foco ostenta procuradoria jurídica para defesa de seus interesses.

O Juízo da Primeira Vara da Comarca de Naviraí-MS recebeu a petição inicial da ação civil pública e determinou a citação dos requeridos (fls. 671-678).

Irresignado, o ora recorrido agravou o *decisum* supra no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que, por sua Terceira Câmara Cível, proveu a irresignação ao argumento de que os agentes políticos, quando praticam crimes de responsabilidade, não podem ser processados pela Lei de Improbidade Administrativa (no. 8.429/1992); ao revés, pelo Decreto-Lei no. 201/1967.

Na irresignação especial que ora se apresenta, o recorrente alega o que segue: (i) afronta aos arts. 1o.; 2o.; 4o.; 10 I, IX, XII, XIV; 11, I; e 12, II e III, da Lei no. 8.429/1992, porquanto as infrações previstas na Lei em comento aplicam-se a todos agentes públicos, nos quais os prefeitos incluem-se; e (ii) dissenso jurisprudencial havido entre o acórdão recorrido e o aresto relativo ao AgRg no REsp no. 903.855-PR, da Primeira Turma do STJ, no que concerne à imposição, ou não, da Lei

no. 8.429/1992 para os atos de improbidade administrativa praticados por prefeitos.

O recorrido apresentou contrarrazões, às fls. 997-822, e, preliminarmente, pugnou pelo não conhecimento do apelo nobre, com os seguintes fundamentos: (a) não cabimento do apelo nobre pelas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional pela inexistência de interpretação divergente do tema *sub judice* por outro tribunal e conseqüentemente pela ausência de contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal; (b) ausência de demonstração inequívoca e frontal de ofensa à preceito normativo infraconstitucional; (c) não cabimento do recurso especial pelo art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, pois a decisão recorrida está em perfeita consonância com a contexto normativo infraconstitucional; (d) não demonstração analítica da divergência, de modo a interditar o conhecimento da irrisignação especial pela alínea *c* do permissivo constitucional; e (e) incidência das Súmulas no. 282 e 356 do STF devido a não oposição de embargos declaratórios com o fim de obrigar o Tribunal *a quo* a se manifestar sobre os dispositivos tidos por afrontados.

No mérito, caso ultrapassadas as preliminares suscitadas, requereu a manutenção do acórdão recorrido pelo que segue: (1) o Tribunal não enfrentou o mérito da ação civil pública, sendo defeso a esta Corte exercer qualquer consideração a respeito desse particular, sob pena de supressão de instância; (2) a contratação dos serviços advocatícios foi legítima; e (3) não incidência de qualquer conduta tipificada na Lei no. 8.429/1992;

O parecer do Ministério Público Federal foi no sentido de preliminarmente opinar pela afetação do presente feito à Primeira Seção do STJ em face da relevância que o tema *sub examinem* encerra e, no mérito, pelo provimento do recurso especial, para determinar o processamento e julgamento do presente feito pelo Tribunal de Justiça sul-mato-grossense como crime de responsabilidade ou, em maior extensão, para determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que processe a ação por improbidade administrativa (fls. 832-837).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): *Prima facie*, o requerimento formulado pelo *Parquet*, no sentido de afetar a questão *sub examinem* à Primeira Seção, deve ser indeferido. Isso porque a competência da Primeira Turma para processamento e julgamento do feito deve ser mantida em prol da celeridade.

Deveras, o julgamento, no âmbito da Primeira Seção, de novel e importante tema certamente iria deflagrar inúmeros debates que consequentemente afetariam o andamento do feito e, em último plano, poderiam ensejar o aperfeiçoamento da prescrição.

Ademais, o art. 34, XII, do RISTJ não deixa pairar dúvida que a afetação do julgamento à Seção ou à Corte Especial ocorre a critério do relator. E, pela razão delineada, não se revela oportuno o julgamento deste feito pela Primeira Seção.

Ainda preliminarmente, impõe-se afastar as prejudiciais suscitadas pelo recorrido, pois os requisitos de admissibilidade recursal foram devidamente cumpridos e os dispositivos tidos por afrontados foram prequestionados pelo Tribunal *a quo*, ainda que implicitamente. Ademais, muitas das preliminares arguidas pelo recorrido dizem respeito ao próprio *meritum causae*.

Conforme exposto no relatório, o recorrido, na qualidade de prefeito da municipalidade de Narvaí-MS, cargo que ocupa até a presente data, contratou serviços advocatícios que, sob a ótica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, foi desnecessária, porquanto a cidade em questão ostenta procuradoria jurídica para a defesa de seus interesses.

Pois bem, daí é que exsurge a controvérsia, precisamente acerca se a conduta praticada pelo chefe do executivo municipal configurar crime de responsabilidade, à luz do art. 1o. do Decreto-Lei no. 201/1967, a impedir que o requerido seja processado por improbidade administrativa e, em último plano, a remessa da competência originária para o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

A pretensão do recorrente merece guarida, conforme os fundamentos aduzidos.

O acórdão *a quo* consignou [...] que o Decreto-Lei no. 201/1967 é o que se aplica para punir crimes de responsabilidade dos agentes políticos

que exercem as funções de prefeitos e vereadores (fl. 759). E, ato contínuo, tipificou as condutas praticadas, em tese, pelo recorrido nos incisos I e II do art. 1o. da legislação em comento, a seguir transcritos, *in verbis*:

Art. 1o. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

Todavia, insta expor que os cognominados crimes de responsabilidade ou, com designação mais apropriada, as infrações político-administrativas, são aqueles previstos no art. 4o. do Decreto-Lei no. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato.

Confira-se o dispositivo em comento, *litteris*: *São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato [...]*.

Deveras, as condutas tipificadas nos incisos do art. 1o. do Decreto-Lei no. 201/1967 versam os crimes funcionais ou crimes de responsabilidade impróprios praticados por prefeitos, cuja instauração de processo criminal independente de autorização do Legislativo Municipal e ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça, *ex vi* do inciso X do art. 29 da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o art. 2o. dispõe que os crimes previstos no dispositivo anterior são regidos pelo Código de Processo Penal, com algumas alterações: *O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações [...]*.

Por outro lado, as infrações político-administrativas não são consideradas crimes propriamente ditos; mas, antes, “infrações de relevância política”. O Poder Judiciário apenas será chamado a intervir nos casos de descumprimento dos direitos e garantias constitucionais.

Logo, equivocadamente, *data venia*, o acórdão *a quo*, porque as condutas descritas no art. 1º do Decreto-Lei no. 201/1967 são crimes funcionais e são originariamente julgados no âmbito dos Tribunais de Justiça.

O entendimento esposado reflete a orientação jurisprudencial sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, senão, vejamos os precedentes:

Decreto-Lei no. 201/1967. Validade. Súmula no. 496 do STF. Caso de ex-prefeito.

I. O Decreto-Lei no. 201 teve sua subsistência garantida pela Carta de 1967-69, e não é incompatível com a Constituição de 1988. É válido o processo que, nos seus termos, prossegue contra ex-prefeito, se o domínio versado não é de verdadeiros delitos de responsabilidade (artigos 4.º e seguintes), mas o de crimes ordinários, processados pela Justiça e sujeitos a penas de direito comum (artigos 1.º a 3.º).

II. O habeas corpus não é sede idônea para a revisão - e menos ainda para a revisão precoce - do processo penal (HC no. 69.850-RS, Relator Ministro FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994).

Penal. Processual Penal. Prefeito: crime de responsabilidade. D.L. no. 201, de 1967, artigo 1.º: crimes comuns.

I. - Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1.º do D.L. no. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1.º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1.º, par. 1.º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2.º). No art. 4.º, o D.L. no. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações e que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade.

II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1.º do D.L. no. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV. - H.C. Indeferido (HC no. 70.671-PI, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 19 de maio de 1995).

A doutrina pátria ruma para o mesmo norte, sendo válidas as seguintes transcrições, *ipsis litteris*:

Os arts. 1o. usque 3o. do Decreto-Lei no. 201 tratam da responsabilidade penal do prefeito pela prática de crimes funcionais, seus consequências e respectivo processo. Naverdade, são crimes próprios de prefeito, também denominados crimes de responsabilidade impróprios ou funcionais.

Tratando-se de tais ilícitos penais, independentemente de autorização da Câmara Municipal, o prefeito será processado e julgado perante o Tribunal de Justiça do Estado, nos termos da Constituição Federal, art. 29, X. O legislador reservou à Câmara do Vereadores o julgamento de prefeito por infrações político-administrativas, isto é, os tradicionalmente chamados crimes de responsabilidade; quanto ao crimes funcionais, julga-os o Poder Judiciário (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 37).

No aspecto punitivo, tem-se feito confusão entre crimes de responsabilidade e infrações político-administrativas. É que, conforme a doutrina e jurisprudência do STF, os denominados crimes de responsabilidade do Prefeito, tipificados no art. 1o., do Decreto-Lei no. 201/1967, e julgados pelo Poder Judiciário, são crimes comuns. As infrações político-administrativas, tipificadas no art. 4o., Decreto-Lei no. 201/1967, é que, na tradição de nosso direito, são crimes de responsabilidade, que enquanto tais são previstos em lei especial federal, quer na referência da CR (art. 85, parágrafo único), quer na referência das Cartas Estaduais (§ 1o., art. 91, da Constituição Mineira; parágrafo único, art. 48, Constituição Paulista; art. 83, Constituição Gaúcha, e art. 143, parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, dentre todas) (NILO DE CASTRO, José. A defesa dos Prefeitos e Vereadores. 5ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del rey, 2002. p. 92).

Além do art. 4o. do Decreto-Lei no. 201/1967, apenas o § 2o. do art. 29-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional no. 25, de 14 de fevereiro de 2000, prevê crimes genuinamente de responsabilidade, consoante se infere da seguinte colação, *litteratim*:

*§ 2o. Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:
I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo;*

II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou

III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

E, à toda evidência, a conduta consistente na contratação, pelo município, de escritório de advocacia de forma desnecessária também não se enquadra em nenhuma das hipóteses constitucionais supra.

A definição de que os atos tipificados no art. 1º. do Decreto-Lei no. 201/1967 são crimes comuns e, portanto, sujeitos ao crivo do Tribunal de Justiça, faz exsurgir outra questão relevante, qual seja, o alcance da Lei no. 8.429/1992 em concomitância com o Decreto-Lei no. 201/1967.

Antes de adentrar na questão, é de bom alvitre expor que o tema é exclusivamente de direito e está ligado, de forma intrínseca, à solução de extinção do feito sem exame de mérito pelo Tribunal *a quo*, que claramente discorreu acerca da especialidade do Decreto-Lei no. 201/1967 sobre a Lei de Improbidade Administrativa para chegar onde chegou. Portanto, está presente o prequestionamento.

Em primeiro lugar, consigne-se que a responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público. Enquanto que o Decreto-Lei no. 201/1967 versa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º.) e por infrações político-administrativas (art. 4º.). Já a Lei no. 8.429/1992 prevê sanções civis e políticas para os atos improbos. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie da responsabilização do prefeito, conforme for o caso.

É o que adverte a doutrina, *in verbis*:

Assim, há condutas que se aninham apenas a LIA, outras que se subsumem tão somente ao Decreto-Lei no. 201 e outras ainda que só são descritas no CP. Também as que se amoldam, conforme o caso, a todos ou algum daqueles diplomas. Por exemplo, o peculato de uso é crime funcional (Decreto-Lei no. 201) e ato de improbidade administrativa (LIA), mas é fato atípico do Código Penal. Outro exemplo: a concussão só é estitpulada no CP (art. 316), mas, se dela advier enriquecimento indevido, pode-se conformar-se, também, ao caput do art. 9º. da LIA.

Contudo, a prática de um ato ilícito (de improbidade, civil, penal-funcional ou político administrativo) enunciado numa daquelas leis, invariavelmente implica a incidência de outra. Exemplificando, qualquer ato de improbidade administrativa (LIA) dificilmente deixará de ser um conduta incompatível com a dignidade do cargo (art. 4º7 do Decreto-Lei no. 201). O peculato apropriação (art. 1º., inciso I, do Decreto-Lei no. 201) é delito funcional, mas também é ato de improbidade (art. 9º., inciso I, da Lia) e, com certeza, crime de responsabilidade por indignidade no exercício do cargo (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 33).

Sob esse ângulo, ressoa evidente que apenas um ato praticado pelo prefeito pode ensejar a instauração de mais de um processo e atingir mais de uma órbita de responsabilização do chefe do executivo municipal, com imposição de pena privativa de liberdade de direitos, obrigação de ressarcir ao erário, cassação de mandato e a inabilitação para o exercício dos direitos políticos, por exemplo.

Ora, o feixe de responsabilidade do prefeito é inerente ao próprio cargo que ele ocupa, cuja investidura decorre de representação popular e exprime o próprio ideal de democracia. Por isso é que, nessas condições, afiguram-se imprescindíveis mecanismos regulatórios que ressoem em todos os níveis de responsabilidade do prefeito.

Nesse segmento, a Lei no. 8.492/1992, em seu art. 12, estabelece que *Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato improbo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.*

Esse raciocínio não implica *bis in idem*, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º. do Decreto-Lei no. 201/1967, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja a competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil) seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).

A despeito de o acórdão *a quo* arrimar-se em precedente do egrégio STF, relativo à Rcl no. 2.138-RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que *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*, esse entendimento não socorre o recorrido em razão das diferenças amazônicas entre o caso em concreto e o aresto supra.

Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei no. 1.079/1950, mas faz referência exclusiva aos Ministro de Estado e à competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, o prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma reputada como agentes políticos.

Confira-se o seu art. 2o., *litteratim*:

Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

Tanto é assim que o STJ ostenta entendimento uníssono de que os prefeitos podem ser processados por seus atos pela Lei no. 8.429/1992, porque não se enquadram nas autoridades submetidas à Lei no. 1.079/1950 e que a Rcl no. 2.138/38 tão somente se aplica aos Ministros de Estado.

Nesse sentido são os seguintes julgados, *in verbis*:

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Inexistência de nenhum dos vícios previstos no art. 535 do CPC. Questões já enfrentadas e novamente suscitadas. Evidente utilização da irresignação com intento procrastinatório. Multa de 1% sobre o valor atualizado da causa. Art. 538, parágrafo único, do CPC combinado com art. 264, parágrafo único, do RISTJ. Proporcionalidade e razoabilidade da sanção imposta.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante o que dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. No caso em foco, a inexistência das hipóteses supra impõe a rejeição dos presentes embargos declaratórios, porquanto a embargante, à toda evidência, pretende novo exame da tese exposta nos anteriores embargos de declaração, que foi devidamente enfrentada no respectivo acórdão, in verbis: “As teses relativas à não-incidência da Lei no. 8.429/1992 aos agentes políticos e a sua suposta inconstitucionalidade não foram objeto do apelo nobre e, como consectário lógico, não podem ser analisadas em sede de embargos de declaração” (fl. 536).

3. O pedido de condenação de ex-prefeito com supedâneo na Lei no. 8.429/1992 não se perfaz impossível, máxime porquanto o Superior Tribunal de Justiça ostenta entendimento segundo o qual a Lei no. 1.070/1950 tão somente se aplica às autoridades elencadas no seu art. 2o., quais sejam: [...] “Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República” (Precedentes: REsp no. 895.530-PR, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 4 de fevereiro de 2009 e REsp no. 764.836-SP, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, relator para acórdão ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008).

4. Ainda que assim que não fosse, a impossibilidade jurídica do pedido não é subjacente ao pleito de condenação supostamente arrimado em lei que não se enquadra na seara fática dos autos, mas à antijuridicidade que a pretensão encerra.

5. O odioso intento procrastinatório é subjacente à oposição de embargos declaratórios que repisam a tese anteriormente suscitada e devidamente afastada no acórdão embargado. Desta feita, impõe-se aplicar o art. 538, parágrafo único, do CPC combinado com art. 264, parágrafo único, do RISTJ, condenando o embargante ao pagamento de multa, fixada em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

6. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (EDcl nos EDcl no REsp no. 884.083-PR, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJ de 26 de março de 2009).

Ação civil. Improbidade administrativa. Prefeito. Ausência de licitação e pagamento excessivo. Notificação prévia. Ação ajuizada

anteriormente à MP no. 2.225. Fundamento inatacado. Súmula no. 283-STF. Município. Litisconsórcio. Desnecessidade. Decisão proferida com base no artigo 269, I, do CPC. Violação ao artigo 515, § 3o., do CPC não caracterizada. Reclamação no. 2.138 do STF. Efeito vinculante inexistente. Sentença penal absolutória. Independência entre as esferas.

I - Trata-se de ação civil pública para apurar eventual prática de improbidade administrativa de responsabilidade de prefeito municipal, consubstanciada na realização de despesas sem a observância de procedimento licitatório e no pagamento excessivo a fornecedores para realização de obras públicas.

II - O acórdão recorrido, reformando a decisão de improcedência do pedido, condenou o réu nas sanções do artigo 12, II e III, da Lei no. 8.429/1992, determinando o ressarcimento do dano, a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratação com o Poder Público.

III - A ação em questão foi ajuizada antes da introdução dos parágrafos do artigo 17, da Lei de Improbidade Administrativa, relativos à necessidade de notificação prévia do réu, fundamento que restou inatacado pelo recorrente. Incidência da Súmula no. 283-STF.

IV - A ausência da Municipalidade no feito não acarreta qualquer nulidade, uma vez que ela poderia figurar como litisconsorte passivo facultativo. Precedentes: REsp no. 737.972-PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 3.8.2007, REsp no. 526.982-MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 1º.2.2006.

V - Não há falar-se em supressão de instância uma vez que a decisão de primeira instância extinguiu o feito nos termos do artigo 269, I, do CPC, ou seja, com resolução de mérito.

VI - Ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei no. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos na via da ação civil pública de improbidade administrativa e, por outro lado, o eg. STF já decidiu que a Reclamação no. 2.138 traduz caso de ex-Ministro de Estado, não possuindo qualquer efeito vinculante a outras hipóteses.

VII - A jurisprudência desta eg. Corte de Justiça é firme no sentido da independência entre as esferas penal e cível, a não ser que na primeira seja reconhecida a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria. Na hipótese, na esfera penal foram imputadas três condutas, tendo o réu sido absolvido por falta de provas e por uma delas não constituir infração penal (artigo 386, VI e III do CPP), não havendo falar-se em prejuízo da presente ação civil de improbidade administrativa em razão daquela decisão criminal.

VIII - *Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido* (REsp no. 1.103.011-ES, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ de 20 de maio de 2009).

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Lei de Improbidade Administrativa. Ex-prefeito. Inaplicabilidade da Lei no. 1.070/1950. Princípio da proporcionalidade. Discricionariedade do julgador na aplicação das penalidades. Reexame de matéria fática. Súmula no. 7-STJ. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Ônus de sucumbência. Parte ré. Arts. 18 e 19 da Lei no. 7.347/1985. Isenção. Descabimento. Violação do art. 535, II, do CPC. Julgamento extra e ultra petita. Inocorrência.

1. O “ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei no. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa” (REsp no. 764.836-SP, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Relator pl acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 10.3.2008).

[...]

18. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido* (REsp no. 895.530-PR, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 04 de fevereiro de 2009).

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito. Competência. Falta de prequestionamento. Súmula no. 7-STJ.

I - *Ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei no. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos na via da ação civil pública de improbidade administrativa.*

II - *O STF, ao julgar a ADIN no. 2.797, declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1o. e 2o. do artigo 84 do CPP, acrescidos por força da Lei no. 10.628/2002, remanescendo patente a inexistência de foro privilegiado na hipótese.*

III - *Acerca da existência de improbidade administrativa, verifica-se que a irresignação do recorrente, forte na afirmação de que não configurada atitude ímproba, ou mesmo que seria desproporcional a condenação, impõe o reexame do conjunto probatório, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial. Incide na espécie o teor da Súmula no. 7-STJ.*

IV - Sendo indicadas diversas matérias constantes de dispositivos infraconstitucionais, a não apreciação destas pelo Tribunal a quo atrai o comando da Súmula no. 282 do STF

V - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte improvido (REsp no. 764.836-SP, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, relator para acórdão ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008).

Averbe-se, ainda quanto à Rcl no. 2.138-RJ, que o STF, ao asseverar que *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)*, delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei no. 1.079/1950 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei no. 1.079/1950, prevêem sanções de ordem política, como, *v.g.*, infere-se do art. 2o. da Lei no. 1.079/1950 e do art. 12 da Lei no. 8.429/1992. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de *bis in idem*, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.

Todavia, em sentido oposto é o caso *sub examinem*, pois o Decreto no. 201/1967, como anteriormente demonstrado, dispõe sobre crimes funcionais ou de responsabilidade impróprios (art. 1o.) e também a respeito de infrações político-administrativas ou crimes de responsabilidade próprios (art. 4o.); estes submetidos a julgamento pela Câmara dos Vereadores e com imposição de sanção de natureza política e aqueles com julgamento na Justiça Estadual e com aplicação de penas restritivas de liberdade. E, tendo em conta que o Tribunal *a quo* enquadrou a conduta do recorrido nos incisos I e II do art. 1o. do diploma supra (*apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio e utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos*), ou seja, crime funcional, ressoa evidente que a eventual sanção penal não se sobreporá à eventual pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa. Dessa forma, não se cogita *bis in idem*.

A doutrina não discrepa desse entendimento, sendo oportuno trazer à colação o seguinte excerto, *in verbis*:

Primeiro, faz-se necessário trazer à luz que Constituição Federal, art. 37, § 4o., afasta, expressa e completamente, qualquer conotação penal que se pretenda atribuir aos atos de improbidade administrativa. “Sem prejuízo da ação penal cabível”, essa é a locução final daquele mandamento maior, demonstrando, meridianamente, que as cominações nele declaradas não são substitutivas do conjunto de sanções penais fixado na legislação para os crimes funcionais e contra a administração pública. Concorrem com eles, sem substituí-los, nem excluí-los. Ou seja, o dispositivo remete à legislação menor matéria penal. Daí porque as sanções que a LIA, como norma reguladora, estabelece são desprovidas de substrato criminal. As condutas descritas nos preceitos da LIA podem, também, configurar ilícitos penais, mas estes serão apurados na ação penal cabível, com sanções peculiares (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 46-47).

Naquela feita, não poderia o Tribunal *a quo* extinguir o feito sem julgamento do mérito ao argumento de que a LIA não se aplica aos agentes políticos; mas, antes, como vislumbrou a possibilidade da prática de crime funcional, deveria ter determinado a extração de peças ao órgão do Ministério Público com atribuição para a hipótese e mantido o regular andamento da ação civil pública.

Isso posto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, a fim de confirmar o *decisum* singular e receber a ação civil pública por improbidade administrativa.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL No. 1.405.748-RJ (2013/0322955-7)

Relatora: Ministra MARGA TESSLER (Juíza Federal convocada do TRF 4a. Região)

Relatora para o acórdão: Ministra REGINA HELENA COSTA

Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Guilherme Fontes Filmes Ltda e outros
Advogados: Fernanda Guimarães Hernandez e outro(s)
Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto
Osmar Tognolo

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação de improbidade administrativa proposta apenas contra particular. Extinção sem resolução do mérito. Ausência de agente público no polo passivo. Impossibilidade. Recurso não provido. Precedentes.

I – A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República.

II – Nos termos da Lei no. 8.429/1992, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1o. e 2o.), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3o.).

III – A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes.

V – Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencida a Sra. Ministra Relatora, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão (RISTJ, art. 52, IV, b) Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves (voto-vista) e Sérgio Kukina (Presidente).

Brasília (DF), 21 de maio de 2015 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 17.8.2015

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4a. Região): Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2a. Região, assim ementado:

Recurso de apelação. Ação de improbidade administrativa. Realização de projeto audiovisual com recursos do Poder Público. Obrigatoriedade da presença de agente público no pólo passivo. Atividade sem natureza de serviço público delegado. Improvimento.

1 – Trata-se de apelação interposta de sentença que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, sob o fundamento de que não há que se falar em ato de improbidade administrativa praticado exclusivamente por particular sem que haja atuação de agente público.

2 – Não há como vislumbrar a presença isolada do particular no polo passivo de ação de improbidade administrativa, sem que o mesmo tenha auxiliado ou se beneficiado da prática do ato pelo agente público, já que os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem a cooperação de terceiros.

3 – Nos julgados proferidos pelo c. Superior Tribunal de Justiça, colacionados pelo apelante, os particulares receberam a incumbência

de execução de determinada atividade, obra ou serviço público, realizando-o em nome próprio, mas em colaboração com o Poder Público. São pessoas que receberam delegação para realizar alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo, o que não é a presente hipótese.

4 – A elaboração de determinado filme por particular, ainda que com ajuda financeira da Administração Pública, não pode ser interpretado como serviço realizado mediante delegação contratual ou legal do Poder Público a ser executado em razão de concessão.

5 – Recurso de apelação improvido (fl. 4.280).

As razões do recurso especial, além de divergência jurisprudencial, dizem violados os arts. 1o., 2o., 3o., 10 e 12, II, da Lei no. 8.429, de 1992. Sustentam que *os particulares que possuem projetos culturais fomentados pela Administração, para fins de proteção da coisa pública, devem ser considerados agentes públicos por equiparação, pois, possuem vínculo com entidade que recebeu verbas do governo federal para o desenvolvimento de atividade cultural, que restou sonogada da coletividade tal como os valores envolvidos* (fl. 4.299).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Luís Oppermann Thomé, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 4.345-4.348).

VOTO

A Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4a. Região) (Relatora): Na origem, trata-se de Ação de Responsabilidade pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Guilherme Fontes Filmes Ltda., Guilherme Machado Cardoso Fontes e Yolanda Machado Medina Coeli, visando a responsabilização dos réus *pela malversação de recursos públicos oriundos da renúncia fiscal concedida pela Administração Federal, previstos na Lei Federal de Incentivo à Cultura, Lei no. 8.213/1993, e na Lei do Audiovisual, Lei no. 8.685/1993, em razão da não apresentação no formato pactuado da obra, para a realização da qual captaram os recursos, bem como pela irregular prestação de contas* (fl. 03).

O MM. Juiz da 5a. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dr. Dario Ribeiro Machado Junior, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem a resolução do mérito (fls. 4.211-4.220). Por sua vez, o tribunal *a quo* manteve a sentença de primeiro grau à base da seguinte fundamentação:

A Lei no. 8.429/1992, que dispõe sobre a ação de improbidade administrativa, tem por objetivo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: importem em enriquecimento ilícito (artigo 9o.), causem prejuízo ao erário público (artigo 10) e atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

De fato, o artigo 3o. da referida lei preconiza que suas disposições também se aplicam aos particulares que induzam, concorram ou se beneficiem do ato praticado pelo agente público. Todavia, não cogita da aplicação das sanções ali impostas exclusivamente ao particular, sem que tenha havido atuação de algum agente público.

Desta forma, não há como vislumbrar a presença isolada do particular no pólo passivo de ação de improbidade administrativa, sem que o mesmo tenha auxiliado ou se beneficiado da prática do ato pelo agente público, já que, conforme o ordenamento jurídico em comento, os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem cooperação de terceiros.

(...)

E ainda com relação aos julgados trazidos à baila em sede recursal, proferidos pelo c. Superior Tribunal de Justiça, penso que os mesmos não versam sobre situação idêntica a que está posta nestes autos. Isto porque, naqueles três precedentes, figuram, como réus, particulares que, de alguma forma, estão vinculados ao Poder Público (Banco do Brasil, FUNCEF, Caixa Econômica Federal e Sistema Único de Saúde) (fls. 4.219-4.232). Naquelas hipóteses, os particulares receberam a incumbência de execução de determinada atividade, obra ou serviço público, realizando-o em nome próprio, mas em colaboração com o Poder Público. São pessoas que receberam delegação para realizar alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo, o que não é a presente hipótese.

Os réus apontados na presente ação de improbidade são particulares que desenvolvem atividade empresarial e que, objetivando a realização

de determinado projeto audiovisual, solicitaram o recebimento de verbas públicas à Administração, cuja concessão está prevista em lei. Ora, a elaboração de determinado filme por particular, ainda, que com ajuda financeira da Administração Pública, não pode ser interpretado como serviço realizado mediante delegação contratual ou legal do Poder Público a ser executado em razão de concessão (fls. 4.274-4.275).

As instâncias ordinárias concluíram pela impossibilidade de o particular ser responsabilizado com base na Lei de Improbidade Administrativa sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado.

Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público.

Nesse sentido, confirmam-se:

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial. Banco do Brasil. Sociedade de economia mista. Lei no. 8.429/1992.

1. Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos arts. 1o., 2o. e 3o. da Lei no. 8.429/1992. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial provido (REsp no. 1.138.523, DF, relatora a Ministra ELIANA CALMON, DJe de 4.3.2010 - grifei).

Administrativo. Lei de Improbidade. Conceito e abrangência da expressão “agentes públicos”. Hospital particular conveniado ao SUS (Sistema Único de Saúde). Função delegada.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2o., da Lei no. 8.429/1992.

2. Deveras, a Lei Federal no. 8.429/1992 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor

público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327). 3. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

4. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

5. Ademais, a efetiva ocorrência do periculum in mora e do fumus boni juris são condições de procedência do mérito cautelar, sindicável pela instância de origem também com respaldo na Súmula no. 7.

6. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improprio é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula no. 7, do STJ.

7. Recursos parcialmente providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local (REsp no. 495.933, RS, relator o Ministro LUIZ FUX, DJ de 19.4.2004 - grifei).

Nessa linha, resta saber se, na espécie, o particular estaria abrangido no conceito de agente público, para tanto, observe-se o que a Lei no. 8.429, de 1992, diz sobre o tema:

Art. 1o. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção

patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2o. 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.

Acolhendo a tese de possibilidade, a lição de Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 8a. edição, Forense, fl. 1.192, ao comentar que *a lei silencia sobre a disciplina da legitimidade passiva presume-se que a condição de réu recairá sobre qualquer pessoa (sem grifo no original) cuja conduta for hábil a produzir eventos danosos relacionados aos bens e direitos indicados no rol do artigo 1o... .*

Corroborando com essa interpretação extensiva, ainda, o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ao lecionarem que:

Além daqueles que desempenham alguma atividade junto à administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais são tradicionalmente enquadrados sob a epígrafe dos agentes públicos em sentido lato, a parte final do art. 2o. (nas entidades mencionadas no artigo anterior) torna incontroverso que também poderão praticar atos de improbidade as pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário, quais sejam: a) empresa incorporada ao patrimônio público; b) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; d) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Assim, coexistem lado a lado, estando sujeitos às sanções previstas na Lei no. 8.429/1992, os agentes que exerçam atividade junto à administração direta ou indireta (perspectiva funcional), e aqueles que não possuam qualquer vínculo com o Poder Público, exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (perspectiva

patrimonial). Como se vê, trata-se de conceito muito mais amplo que o utilizado pelo art. 327 do Código Penal.

Nesta linha, para os fins da Lei de Improbidade, tanto será agente público o presidente de uma autarquia, como o proprietário de uma pequena empresa do ramo de laticínios que tenha recebido incentivos, fiscais ou creditícios, para desenvolver sua atividade. Como observou Fábio Medina Osório, 'neste campo, ocorre aquilo que se denomina de convergência entre os direitos público e privado, pois as entidades privadas são atingidas pela legislação, na medida em que estiverem em contato com o dinheiro público, pouco importando que suas atividades ficassem enquadradas nas normas privatísticas (Improbidade Administrativa, 6a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 249).

Em concreto, os requeridos foram beneficiados por uma ação de fomento cultural do Estado, receberam valores que ao tudo indica não foram destinados à produção cultural que, novamente ao que tudo indica, não foi produzida, sequer teriam prestado contas.

Desta forma, entendo que, no caso dos autos, os particulares, sócios-proprietários da empresa Guilherme Fontes Filmes Ltda. - empresa que recebeu considerável verba pública, no montante de R\$ 51.034.617,02 (cinquenta e um milhões, trinta e quatro mil, seiscentos e dezessete reais e dois centavos), para a realização de obra cinematográfica e que, sem que tenha concluído a obra, não devolveu aos cofres públicos os valores recebidos para tal e nem ao menos prestado contas desses recursos - podem sim figurar no pólo passivo da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa por considerá-los, nos termos do art. 2o. da Lei no. 8.429, de 1992, como agentes públicos.

Voto, por isso, no sentido de conhecer e de dar provimento ao recurso especial para, reconhecendo a legitimidade passiva dos réus, determinar que o MM. Juiz de primeiro grau prossiga no julgamento da Ação Civil Pública.

VOTO-VENCEDOR

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da república, contra acórdão

proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2a. Região, que manteve a sentença proferida em ação de improbidade administrativa, mediante a qual o processo foi extinto sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, I, e 295, II, III, e V, do Código de Processo Civil, ante a impossibilidade de imputação de ato de improbidade administrativa a particulares, sem que figure no polo passivo algum agente público responsável pelo ato questionado.

Nas razões recursais alega-se, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 1o., 2o., 3o., 10 e 12, II, da Lei no. 8.429/1992, sob o fundamento de que os imputados são agentes públicos por equiparação legal, podendo ser responsabilizados pela prática de ato de improbidade, consistente na malversação de verbas públicas oriundas de renúncia fiscal, envolvendo atividade cultural fomentada pelo governo federal, consistente na realização de do filme *Chatô – o Rei do Brasil*.

A Senhora Relatora, entendendo que os Recorridos enquadram-se no conceito de agente público estabelecido pela Lei no. 8.429/1992, deu provimento ao recurso especial para, reconhecendo a legitimidade passiva dos Recorridos, determinar o prosseguimento da ação.

Em que pesem as razões expendidas, diversamente da conclusão alcançada pela senhora Relatora, entendo que a interpretação constante do acórdão recorrido não contrariou a jurisprudência desta Corte, nem violou os dispositivos legais apontados.

A questão federal sob exame diz com a amplitude do conceito de *agente público*, para fins de responsabilização de particular por ato de improbidade administrativa, bem como a possibilidade de o particular ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade sozinho, isoladamente, ou seja, sem ter atuado em conjunto com algum agente público.

Por primeiro, cumpre destacar que o conceito de agente público não é um conceito novo, nem constitui inovação trazida pela Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, a noção de agente público vem sendo construída a partir do direito positivo há décadas, pela decantação e sedimentação das lições doutrinárias e da orientação estabelecida pelos diversos tribunais do País.

Em nosso ordenamento jurídico, agente público é um conceito amplo, como bem destaca Celso Antônio Bandeira de Mello:

Essa expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. (Curso de direito administrativo, 32a. ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 250 - destaque meu).

E acrescenta, de forma direta e didática: *Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público (op. cit., p. 251).*

Na mesma linha a lição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Prieto: *Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta (Direito administrativo, 25a. ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 581).*

Dessa forma, embora seja um conceito bastante abrangente, somente pode ser considerado agente público quem age pelo Poder Público, aquele que desempenha funções estatais, executa serviço público, não importa se com ou sem remuneração, ou vínculo com a Administração Pública.

Nesse contexto, consoante inteligência do art. 37 da Constituição da República, após a Emenda Constitucional no. 18/98, agentes públicos constitui gênero, que compreende os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público, como os delegatários, concessionários e permissionários do serviço público, ou seja, aqueles que agem em nome do Estado e desempenham funções estatais.

Por sua vez a Lei no. 8.429/1992, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos *agentes públicos* pela prática de ato de improbidade administrativa, estabelece:

Art. 1o. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta

por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei (destaquei).

O dispositivo sob exame, a par de indicar os entes ou sujeitos passivos do ato de improbidade, estatui, como sujeito ativo do ato ímprobo, o agente público, de modo que, sem a conduta deste, não há que se falar em ato de improbidade.

Definindo o conceito de agente público, o art. 2o. da Lei no. 8.429/1992, prescreve:

Art. 2o. 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 (destaquei).

Constata-se que a definição legal do conceito de agente público, veiculada pela Lei de Improbidade Administrativa, não destoia daquela construída doutrinariamente.

Ademais, o art. 3o. do mesmo diploma legal estabelece:

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

O dispositivo transcrito deixa claro que a responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, em apenas em três hipóteses: a) quando tenha *induzido* o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja *concorrido* com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se *beneficiado* com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

Impende anotar que as condutas consistentes em induzir e concorrer, não podem ser praticadas sem outra pessoa; quem induz, induz alguém; e quem concorre, só pode concorrer com a conduta de outrem, que no caso, tem que ser agente público.

Por seu turno, a expressão *aquele que tenha se beneficiado*, direta ou indiretamente, também diz com benefício advindo da conduta de outrem, que, como repisado, só pode ser um agente público.

Em resumo, nos expressos termos da Lei no. 8.429/1992, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1o. e 2o.), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3o.).

Da interpretação sistemática e teleológica da Lei no. 8.429/1992, verifica-se que os conceitos de *agente público* e *ato de improbidade administrativa* estão necessariamente atrelados, de sorte que não existe a possibilidade de imputação exclusiva, a quem não seja agente público, da prática de ato de improbidade administrativa.

Outrossim, tratando-se de matéria sancionatória, não é possível aplicar-se interpretação extensiva ao conceito de agente público, para alcançar particulares que não se encontra no exercício de função estatal, desprezando-se conceito forjado ao longo tempo pela doutrina e jurisprudência e incorporado no direito positivo.

Nesse sentido, confira-se a doutrina especializada:

É importante frisar, uma vez mais, que somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei no. 8.429/1992. Não sendo divisada a participação do agente público, estará o extraneus sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade administrativa*, 8a. ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 368).

Contudo, não é admissível que o terceiro, particular, que não seja agente público, venha figurar sozinho como réu em uma ação de improbidade administrativa, que deve sempre se proposta contra ao menos um agente público, autorizada a inclusão de terceiro particular como litisconsorte passivo facultativo (Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, et alii, *Comentários à lei de improbidade administrativa*, 3a. ed., São Paulo, RT, 2014, p. 66).

No presente caso, em que pesem a gravidade dos fatos descritos pelo Ministério Público, a Ação de Improbidade Administrativa foi proposta exclusivamente contra particulares, que não se enquadram no conceito, já amplo, de agente público. Daí que, não havendo imputação de ato ímprobo a nenhum agente público, o juízo de primeiro grau

extinguiu o feito sem resolução de mérito, sentença mantida, pelos mesmos fundamentos, pelo Tribunal de origem.

Diante dos fundamentos apresentados, inviável a propositura de Ação de Improbidade Administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público responsável pelo ato questionado no polo passivo da demanda, o que não impede a atuação do *Parquet* no tocante à eventual responsabilização penal e ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas.

Nesse passo, entendo que o acórdão recorrido não violou os apontados artigos da Lei no. 8.429/1992, não colhendo, outrossim, o aventado enquadramento dos recorridos como agentes públicos por equiparação legal, não havendo.

Nesse sentido tem decidido esta Corte, em acórdãos assim ementados:

Processual Civil e Administrativo. Ação de improbidade extinta, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva dos requeridos, em virtude da não inclusão de agente público. Defeituosa na formação da relação processual.

1. Nos termos da orientação pacificada nesta Corte, muito embora tanto os agentes públicos como os particulares que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta, estejam sujeitos às penalidades da Lei no. 8.429/1992, não há como a ação ser proposta apenas contra estes últimos, de modo a figurarem sozinhos no pólo passivo da demanda. Precedentes: REsp no. 1.155.992-PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 1º.7.2010 e REsp no. 931.135-RO, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 27.2.2009, REsp no. 1.171.017-PA, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 6.3.2014.

(...)

4. Recurso Especial do MP desprovido. Recurso Especial da União desprovido.

(REsp no. 1.282.445-DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 24.4.2014, DJe 21.10.2014).

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública de improbidade administrativa. Litisconsórcio passivo.

Ausência de inclusão de agente público no pólo passivo. Impossibilidade de apenas o particular responder pelo ato ímprobo. Precedentes.

1. Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei no. 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3º da LIA).

2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

3. Recursos especiais improvidos.

(REsp no. 1.171.017-PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 25.2.2014, DJe 6.3.2014).

Processual Civil. Administrativo. Réu particular. Ausência de participação conjunta de agente público no pólo passivo da Ação de Improbidade Administrativa. Impossibilidade.

1. Os arts. 1º e 3º da Lei no. 8.429/1992 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.

2. Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa.

3. Nesse quadro legal, não se abre ao Parquet a via da Lei da Improbidade Administrativa. Resta-lhe, diante dos fortes indícios de fraude nos negócios jurídicos da empresa com a Administração Federal, ingressar com Ação Civil Pública comum, visando ao ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público, tanto mais porque o STJ tem jurisprudência pacífica sobre a imprescritibilidade desse tipo de dano.

4. Recurso Especial não provido.

(REsp no. 1.155.992-PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 23.3.2010, DJe 1º.7.2010).

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC não ocorrente. Réu “particular”. Ausência de indicação de agente público no pólo passivo da Ação de Improbidade Administrativa. Impossibilidade.

1. *Inexistem quaisquer resquícios de negativa de prestação jurisdicional cometida pelo acórdão recorrido que examinou de modo sólido e integral a controvérsia.*

2. *“Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa” (REsp no. 1.155.992-PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 1º.7.2010).*

3. *Ressalva-se a via da ação civil pública comum (Lei no. 7.347/1985) ao Ministério Público Federal a fim de que busque o ressarcimento de eventuais prejuízos ao patrimônio público.*

4. *Recursos especiais não providos.*

(REsp no. 1.181.300-PA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 14.9.2010, DJe 24.9.2010).

Administrativo. Improbidade administrativa. Impossibilidade de figurar apenas particulares no polo passivo da Ação de Improbidade Administrativa. Ausência de agente público. Impossibilidade. Precedentes.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que “os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário” (REsp no. 896.044-PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp no. 1.413.729-PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 22.4.2014, DJe 5.5.2014)

Isto posto, pedindo vênia à Senhora Relatora, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Agente público. Conceito. Não inclusão de agente público no pólo passivo. Impossibilidade

de apenas o particular responder por ato de improbidade. Precedentes. Recurso não provido, acompanhando a divergência.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2a. Região.

Suficientemente relatado pela eminente Min. Marga Tessler, a controvérsia cinge-se à possibilidade de apenas particulares figurarem no pólo passivo da ação de improbidade, considerando o conceito de agente público previsto no art. 2o. da Lei no. 8.429/1992.

A eminente Relatora votou no sentido de dar provimento ao recurso especial sob o entendimento de que *os particulares, sócios-proprietários da empresa Guilherme Fontes Filmes Ltda. - que recebeu considerável verba pública, no montante de R\$ 51.034.617,02 (cinquenta e um milhões, trinta e quatro mil, seiscentos e dezessete reais e dois centavos), para a realização de obra cinematográfica e que, sem que tenha concluído a obra, não devolveu aos cofres públicos os valores recebidos para tal e nem ao menos prestado contas desses recursos - podem sim figurar no pólo passivo da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa por considerá-los, nos termos do art. 2o. da Lei no. 8.429, de 1992, como agentes públicos.*

O eminente Min. Napoleão Nunes Maia Filho, diversamente, entendeu que particulares não podem figurar, sozinhos, no pólo passivo da ação de improbidade, não sendo possível imputar a nenhuma das pessoas relacionadas na inicial a qualidade de agente público. Em consequência, votou no sentido de negar provimento ao recurso especial.

Instaurada a divergência, pedi vista dos autos para melhor análise.

Para dirimir a controvérsia, imperativa a análise dos arts. 1o. a 3o. da Lei no. 8.429/1992, que seguem transcritos:

Art. 1o. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta

por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2o. 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.

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

O regramento supra revela que os atos de improbidade administrativa pressupõem atuação ilícita de agente público, conforme determina o art. 1o., considerando como tal as pessoas referidas no art. 2o., respondendo os particulares apenas de forma adesiva, induzindo ou concorrendo para a prática do ato pelo agente público, ou dele se beneficiando, de forma direta ou indireta, conforme o normativo do art. 3o.

Quanto ao conceito de agente público, entendo necessário conferir ao art. 2o. da Lei no. 8.429/1992 interpretação restritiva, impedindo o alargamento do conceito de agente público para alcançar particulares que não se encontram no exercício de função estatal, sob qualquer forma de investidura ou vínculo.

Com efeito, a invocação às *entidades mencionadas no artigo anterior*, conforme dicção do art. 2o. da Lei de Improbidade, que conceitua agente público, somente se refere ao *caput* do art. 1o., quais sejam, a *administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.*

Afinal, o parágrafo único do art. 1º. inaugura regra de extensão dos entes passíveis de sofrer prejuízos por atos de improbidade. Pretender associar o conceito de agente público a tais entes, independentemente de estar no exercício de função pública, conduziria, irremediavelmente, à completa desnaturação do próprio conceito de agente público, porquanto particulares na gestão de entes particulares seriam agentes públicos.

Essa conclusão, entendo, garante a harmonia ao sistema normativo no que toca ao conceito de agente público, traduz coerência em relação ao próprio conceito de “improbidade administrativa”, além de evitar situações de notável e injustificável perplexidade.

Dessa forma, resulta que a imputação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa aos particulares somente é cabível quando haja ato de improbidade praticado por agente público, ao qual adere por indução, concorrência ou mediante a percepção dos frutos que sabe serem decorrentes do ilícito qualificado, nos termos do art. 3º. da Lei no. 8.429/1992.

Em verdade, é possível assentir que particular não pratica ato de improbidade administrativa, cujo conceito é privativo de agente público, mas sujeita-se às sanções correspondentes sempre que induz, concorre ou dele se beneficia.

Aliás, adotando premissa jurídica do direito penal, plenamente aplicável à improbidade em virtude da confluência das regras previstas nos arts. 29 do CP e 3º. da LIA, não existe participação sem autoria.

Sobre a impossibilidade de particular figurar de forma isolada no pólo passivo da ação de improbidade, segue a doutrina de Emerson Garcia (*in* Improbidade Administrativa, Editora Lumen Juris, 2010, p. 282):

É importante frisar, uma vez mais, que somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei no. 8.429/1992. Não sendo divisada a participação do agente público, estará o extraneus sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho (*in* Improbidade Administrativa, Atlas, 2012, p. 190):

O terceiro só responderá perante a Lei de Improbidade se sua conduta estiver associada à de um agente público, como já observamos anteriormente. Não se verificando a participação do agente público, o terceiro não estará isento de sanção, mas não se sujeitará à Lei de Improbidade, aplicando-se-lhe, no caso, a legislação pertinente.

Sobre a matéria, segue, ainda, a jurisprudência desta Corte:

Administrativo. Improbidade administrativa. Impossibilidade de figurar apenas particulares no polo passivo da ação de improbidade administrativa. Ausência de agente público. Impossibilidade. Precedentes.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que “os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário” (REsp no. 896.044-PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp no. 1.413.729-PA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 5.5.2014)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública de improbidade administrativa. Litisconsórcio passivo. Ausência de inclusão de agente público no polo passivo. Impossibilidade de apenas o particular responder pelo ato ímprobo. Precedentes.

1. Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei no. 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3o. da LIA).

2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

3. Recursos especiais improvidos.

(REsp no. 1.171.017-PA, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 6.3.2014)

Processual Civil e Administrativo. Improbidade. Dano ao Erário. Empresa beneficiada. Ausência de litisconsórcio passivo necessário.

[...]

8. *Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário. Precedente do STJ.*

[...]

10. *Recurso Especial provido.*

(REsp no. 896.044-PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 19.4.2011)

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC não ocorrente. Réu “particular”. Ausência de indicação de agente público no pólo passivo da Ação de Improbidade Administrativa. Impossibilidade.

1. *Inexistem quaisquer resquícios de negativa de prestação jurisdicional cometida pelo acórdão recorrido que examinou de modo sólido e integral a controvérsia.*

2. *“Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa” (REsp no. 1.155.992-PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 1º.7.2010).*

3. *Ressalva-se a via da ação civil pública comum (Lei no. 7.347/1985) ao Ministério Público Federal a fim de que busque o ressarcimento de eventuais prejuízos ao patrimônio público.*

4. *Recursos especiais não providos.*

(REsp no. 1.181.300-PA, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 24.9.2010)

Portanto, entendo que as pessoas relacionadas na inicial não são agentes públicos e que particulares não podem figurar no pólo passivo de ação de improbidade administrativa, pois sua conduta pressupõe adesão a ato de improbidade praticado por agente público, razão pela qual deve ser mantido o entendimento assentado pela Corte de origem.

Ante o exposto, peço vênias à eminente Relatora, Min. Marga Tessler, para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.407.249-PB (2013/0330104-7)

Relator: Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador
convocado do TRF 1a. Região)

Recorrente: Humberto Bandeira

Advogados: Venâncio Viana de Medeiros Filho
Andressa Brasilino Neves Barros

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Improbidade administrativa. Servidor de cargo efetivo. Prescrição. Lei de Improbidade Administrativa e Regime Único dos Servidores. Sindicância. Interrupção da contagem do prazo. Contagem pelo padrão da lei penal. Impossibilidade pela ausência de persecução penal. Supressão de instância. Acórdão que afasta a prescrição e evolui no mérito. Inocorrência.

1. Na hipótese de ação de improbidade administrativa promovida contra servidor efetivo, aplica-se à contagem do prazo prescricional o inciso II do art. 23 da Lei no. 8.429/1992, em face do que se impõe a observância do art. 142 da Lei no. 8.112/1990.

2. Na instauração de sindicância, interrompe-se a contagem do prazo de prescrição pelo período do processamento do procedimento disciplinar, desde que não exceda a 140 dias, ao termo do qual volta a correr pela íntegra, conforme interpretação do STF sobre os arts. 152, *caput*, e 169, § 2o., da Lei no. 8.112/1990 (MS no. 22.728 – STF)

2. Quando o ato ímprobo configura (também) crime, a aplicação do prazo prescricional pela norma penal (art. 142 - Lei no. 8.112/1990) somente é cabível na existência da respectiva ação penal. Precedentes do STJ.

4. Não configura julgamento *extra petita* nem supressão de instância a posição do acórdão que, ao reformar a sentença que

extinguiu a ação pelo implemento do prazo prescricional, evolui no mérito e julga a causa, ainda que para impor condenação, se a hipótese era de matéria unicamente de direito, estando a instrução ultimada.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região), Relator

DJe 5.2.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região): — Humberto Bandeira interpõe recurso especial (art. 105, III, *a*, da Constituição) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5a. Região que, julgando apelação interposta pelo MPF, reformou a sentença que extinguiu a ação pelo implemento do prazo prescricional, e o condenou à perda do cargo público pela prática da ato de improbidade administrativa.

O acórdão recorrido tem ementa está vazado nestes termos, transcritos para melhor análise:

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade. Lei no. 8.429/1992. PAD. Prescrição. Inocorrência. Violação dos princípios da administração pública. Dolo. Aplicação de penalidades.

I. *“Interrompida a contagem da prescrição com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar em 15.10.2001, volta o referido prazo a correr por inteiro em 7.3.2002, isto é, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do PAD - art. 152, caput, c.c. o art. 169, parágrafo 2o., ambos da Lei no. 8.112/1990).” REsp no. 1.234.317-RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 22.3.2011, DJe 31.3.2011.*

II. *Na presente lide, não houve a prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista que a Administração tomou conhecimento dos atos imputados ao réu em 21.10.2003. Em 14.6.2006, foi publicada a Portaria R/GR/no. 485/2006, que instaurava o Processo Administrativo Disciplinar, o que, nos termos do art. 142, parágrafo 3o. da Lei no. 8.112/1990, interrompeu o prazo prescricional até 140 dias após o início do PAD, ou seja até 3.11.2006, quando voltou a correr.*

III. *Como ao réu é imputado a prática de ato ímprobo também definido como crime, qual seja, o delito de assédio sexual, previsto no art. 216-A do Código Penal, a prescrição para a propositura da ação de improbidade administrativa equivale à da pretensão punitiva penal, por força da aplicação do artigo 109, V do Código Penal, de sorte que o prazo prescricional é de quatro anos. Proposta a demanda em 7.11.2008, não se verifica na espécie a prescrição do direito de ação.*

IV. *Prevalecendo-se de sua ascendência inerente ao exercício da função de secretário do curso de Pós-Graduação, o acusado constrangeu aluna do curso de alimentos, visando favorecimento sexual de terceiro (coordenador do curso de Pós-Graduação). Os atos cometidos pelo servidor ferem o dever de moralidade (arts. 116, IX e 117, IX da Lei no. 8.112/1990) atribuído ao agente público, além de contrariar os princípios da dignidade do ser humano, boa-fé e impessoalidade.*

V. *Pelas provas trazidas aos autos, resta evidente o dolo do agente, que buscava, valendo-se do cargo, lograr proveito para outrem em detrimento da dignidade do serviço público. A conduta do funcionário, praticada contra aluna de pós-graduação em alimentos, além de criminosa, consiste em ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração, previsto no art. 11, I e II, da Lei no. 8.429/1992, a autorizar a aplicação das penalidades previstas no art. 12, III do mesmo regramento.*

VI. Apelação parcialmente provida para condenar o réu à perda da função pública.

Contra o acórdão foram rejeitados embargos de declaração, sobrevindo o presente recurso especial, em que se sustenta, preliminarmente, a violação ao art. 535, II, do CPC.

No mérito, alega o recorrente também a violação aos arts. 12 e 23 da Lei no. 8.429/1992; 128, parágrafo único, e 142, I, II, III, da Lei no. 8.112/1990; e 233 do Código Penal.

Destaca, ainda, haver contrariedade ao art. 460 do CPC, na medida em que o acórdão, ao evoluir no mérito, após afastar a prescrição, teria julgado fora do pedido recursal, que se limitou ao tema prescricional, suprimido instância.

O órgão do Ministério Público Federal, em parecer firmado pela Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra dos Santos, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região) (Relator): — I. No que diz respeito à suposta violação do art. 535, II, do CPC o acórdão recorrido assim decidiu os embargos de declaração opostos pelo recorrente:

Processual Civil. Embargos declaratórios. Improbidade. Reabertura de discussão acerca de matéria já analisada. Impossibilidade. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

I. Não é possível, em sede de embargos declaratórios, reabrir discussão acerca de questão já discutida e decidida.

II. Na verdade, o aresto foi claro ao explicitar que ao réu é imputado a prática de ato ímprobo também definido como crime, qual seja, o delito de assédio sexual, previsto no art. 216-A do Código Penal. A vítima, aluna do curso de pós-graduação, registrou o fato em fita magnética, que teve a autenticidade comprovada pelo Laudo no. 274/2008, emitido pelo Setor Técnico Científico da Superintendência

Regional de Polícia Federal no Estado de Alagoas, evidenciando que os atos cometidos pelo apelado no exercício da função pública feriram o dever de moralidade (arts. 116, IX e 117, IX da Lei no. 8.112/1990) atribuído ao agente público, além de desrespeitar os princípios da dignidade do ser humano, boa-fé e impessoalidade.

III. Não verificada ofensa aos dispositivos legais prequestionados (art. 12, III, e art. 23, da Lei no. 8.429/1992; art. 37, § 5o.; art. 128, parágrafo único, e art. 142, I, II, III da Lei no. 8.112/1990; art. 233 do CPP; arts. 535 e 538, do CPC).

IV. O Código de Processo Civil, em seu artigo 535, condiciona o cabimento dos embargos de declaração à existência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, não se prestando este recurso à repetição de argumentação contra o julgamento de mérito da causa. V. Embargos de declaração improvidos.

Estes fundamentos do acórdão se mostram suficientes para os fins do art. 458 do CPC, não havendo que se falar em omissão do julgado, de forma a justificar a alegação de violação aos arts. 535 e 538 do CPC, que não se evidencia *quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelo litigantes.* (AgRg no AREsp no. 748.009-RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe, 25.9.2015)

É de se destacar que o julgado reformou a sentença que dera pela prescrição e, evoluindo no mérito, deu pela procedência do pedido, elegendo, para tanto, fundamentos suficientes à demonstração da sua convicção, a partir do cotejo da prova produzida nos autos.

O exame da tese de que esses fundamentos implicam violação a eventual dispositivo legal, na perspectiva de um (possível) julgamento errôneo da instância de origem, não está na seara da atribuição jurisdicional desta corte, que assim revisaria os próprios fundamentos do julgado, para cuja finalidade não se prestam os embargos de declaração, menos ainda *per saltum*.

II. No mérito, o recurso também não merece melhor acolhida. A questão da prescrição foi afastada pelo acórdão recorrido na linha da jurisprudência desta Corte e do STF.

Na hipótese de servidor efetivo, como no caso, aplica-se à contagem do prazo prescricional o inciso II do art. 23 da Lei no. 9.429/1992, em face do que se impõe a observância do art. 142 da Lei no. 8.112/1990. Havendo a imputação criminal, o prazo vai reger-se pela prescrição da pena em abstrato do crime cominado, como bem situou o acórdão.

Na hipótese ainda de ter sido instaurado sindicância, pelo mesmo fato ímprobo, interrompe-se a contagem do prazo prescricional, conforme o § 3o. do citado artigo 142.

Mas a interrupção (suspensão!) não deve perdurar pelo tempo integral do curso procedimento disciplinar, a menos que tenha sido encerrado antes do prazo legal de conclusão (140 dias da instauração).

O STF, na interpretação desses dispositivos legais, firmou o entendimento de que, embora a instauração da sindicância interrompa a prescrição, o tempo da interrupção não pode exceder a 140 dias, de tal sorte que, findo esse prazo, concluído o não o processo disciplinar, o prazo prescricional volta a ter curso, pela sua integralidade (art. 142, § 3o. c/c 169, § 2o. - Lei no. 8.112/1990).

Esse posicionamento da Corte Constitucional se deu no julgamento do MS no. 22.728-1, do qual foi Relator o Min. Moreira Alves, que em seu voto condutor assim discorreu sobre o tema:

(...) “Também não procede a alegação de ocorrência de prescrição. De feito, em se tratando de infrações puníveis com a cassação de aposentadoria, como sucede no caso, a prescrição disciplinar ocorre em 5 (cinco) anos (artigo 142, I, da Lei no. 8.112/1990), a partir da data em que o fato se tornou conhecido (§ 1o. do citado artigo). Ademais, rezam os §§ 3o. e 4o. desse mesmo dispositivo legal que “a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente” e que “interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção”. Em face do § 3o. desse artigo 142, não há como sustentar-se que, em se tratando de processo disciplinar, aberta a sindicância ou instaurado o processo disciplinar haja a interrupção do prazo de prescrição que começa a correr de novo e por interior a partir do próprio fato interruptivo, à semelhança de como sucede no direito penal. A interrupção mais consentânea com o sistema desse Lei - que no artigo 169, § 2o., admite que a autoridade julgadora que pode julgar fora

do prazo legal, seja responsabilizada quando der causa à prescrição de infrações disciplinares capituladas também como crime, o que implica dizer que o prazo de prescrição pode correr antes da decisão final do processo - é a de que, em se tratando de inquérito, instaurado este a prescrição é interrompida, voltando esse prazo a correr novamente por inteiro a partir do momento em que a decisão definitiva não se ser no prazo máximo de conclusão do inquérito, que é de 140 dias (artigos 152, caput, combinado com o artigo 169, 2o., ambos da Lei no. 8.112/1990. (...)

Nesta linha são também os julgados que sequenciaram o *leading case* e a jurisprudência desta Corte, conforme arestos abaixo:

Recurso ordinário. Processo administrativo disciplinar. Servidor público federal. Pena de demissão. Alegada prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública. Inocorrência. Desconsideração de causa interruptiva incidente no curso do lapso prescricional (Lei no. 8.112/1990, art. 142, § 3o.). Inovação dos limites materiais do pedido. Fundamentos não examinados pelo Tribunal apontado como coator. Impugnação recursal que não guarda pertinência com os fundamentos em que se assentou o ato decisório questionado. Ocorrência de divórcio ideológico. Inadmissibilidade. Precedentes. Recurso de agravo improvido. - A instauração do processo disciplinar qualifica-se como marco interruptivo da prescrição (Lei no. 8.112/1990, art. 142, § 3o.), cujo prazo recomeça a contar por inteiro após o transcurso do lapso temporal de cento e quarenta (140) dias que a Administração Pública tem para concluir o inquérito administrativo. (negrito aditado) Precedentes. Incoincidência temática entre os fundamentos da impetração e aqueles que dão suporte ao acórdão impugnado. - Não é lícito ao impetrante, em sede recursal ordinária, inovar materialmente em sua postulação, para, nesta, incluir pedido formulado em bases mais amplas e com fundamento diverso daquele que foi originariamente deduzido quando do ajuizamento da ação de mandado de segurança. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apoia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes. (RMS no. 30.716 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe, 10.5.2013)

Administrativo. Processual Civil. Disciplinar. Demissão. Ministro de Estado da Previdência Social. Alegação de prescrição. Processos anteriores anulados. Desinfluyente para o cômputo de prazos. Precedente. Termo ad quem. Ciência dos fatos. Interrupção pela instauração. Ausência de prescrição no caso concreto. Direito líquido e certo. Inexistência.

1. *Mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular a aplicação de pena de demissão emanada do Ministro de Estado da Previdência Social pela alegação de haver prescrição no caso concreto. A portaria demissional foi publicada em 17.10.2012 (fl. 209).*

2. *Não há falar em prescrição, uma vez que a ciência dos fatos ocorreu em 29.12.2005 (fl. 3.339), após a produção de um relatório consolidado de auditoria (fls. 3.272-3.338), que localizou diversas irregularidades, na concessão de uma ampla, de quantidade de benefícios previdenciários (fls. 234-2.894).*

3. *A anulação de processos disciplinares exclui tais feitos do mundo jurídico e, apesar da possibilidade de uso de suas provas, não há falar em nenhuma alteração em relação à contagem de prazos. Precedente: AgRg no MS no. 13.242-DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe 26.8.2008.*

4. *“Na linha da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de cento e quarenta dias o prazo estabelecido pela Lei no. 8.112/1990 para o término do processo administrativo disciplinar nela previsto. É igualmente firme a orientação segundo a qual o prazo prescricional, que se interrompe com a instauração do processo disciplinar, tem a sua contagem retomada, por inteiro, após decorridos cento e quarenta dias do início do processo” (MS no. 15.095-DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, DJe 17.9.2012). (negrito aditado)*

5. *No caso concreto, a data de ciência ocorreu em 29.12.2005 (fl. 3.339), tendo havido, em 5.7.2010, a instauração do processo disciplinar (fl. 25), acarretando a interrupção do prazo e o seu reinício acrescido de 140 (cento e quarenta) dias. Como a pena de demissão foi aplicada em 17.10.2012, resta evidente a ausência de prescrição da pretensão punitiva. Segurança denegada. (MS no. 19.755-DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, DJe 3.9.2015)*

O acórdão considerou como prazo prescricional o do crime de assédio sexual (art. 216-A do CP), que é de quatro anos. Contado esse

prazo após o transcurso dos 140 dias que sequenciaram a instauração da sindicância (3.11.2006), vê-se que ele não se implementou, considerando-se que a ação foi proposta em 7.11.2008.

A hipótese, na verdade, não seria de aplicação do prazo penal, pois não há (nem houve), procedimento penal instaurado contra o réu, segundo informação da inicial, circunstância que imporia o retorno do prazo aos cinco anos da Lei no. 8.112/1990, mas a situação em nada favorece o réu.

Não há razão, portanto, para se alegar violação aos arts. 23 da LIA, e art. 142 da Lei no. 8.112/1990.

Menos ainda haveria para a violação ao art. 233 do Código Penal, cuja alegação vem no intuito de desqualificar a imputação penal para ato obsceno, de modo a reduzir o prazo prescricional, pois, como dito acima, a contagem do prazo prescricional pela regra do código penal pressupõe a existência de persecução penal instaurada contra o réu, pelo mesmo fato, conforme jurisprudência desta Corte, na linha dos arestos abaixo:

(...) “5. Segundo entendimento pacífico desta Corte, a eventual presença de indícios de crime, sem a devida apuração em Ação Criminal, afasta a aplicação da norma penal para o cômputo da prescrição. Isso porque não seria razoável aplicar-se à prescrição da punibilidade administrativa o prazo prescricional da sanção penal, se sequer se deflagrou a iniciativa criminal, sendo incerto, portanto, o tipo em que o Servidor seria incurso, bem como a pena que lhe seria imposta, o que inviabiliza a apuração da respectiva prescrição.

6. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido. (AgRg no REsp no. 1.196.629-RJ, Rel. Ministro NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 22.5.2013)

(...) “2. A lei administrativa dispõe que o prazo prescricional para a ação de improbidade é o “previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego” (Lei no. 8.429/1992, art. 23, II). Por sua vez, a Lei no. 8.112/1990, em seu art. 142, § 2o., remete à lei penal o prazo de prescrição quando as infrações disciplinares constituírem também fato-crime.

3. Extinta a punibilidade da ora recorrente e rechaçada a deflagração de processo criminal, há de aplicar-se a regra geral, qual

seja, o prazo de cinco anos previsto no art. 142, I, c/c o art. 132, IV, da Lei no. 8.112/1990 e 23, II, da Lei no. 8.429/1992. (REsp no. 1.335.113-RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 27.11.2012, DJe 6.12.2012)

Quanto à pretensa violação ao art. 460 do CPC, deve ser considerado que a sentença extinguiu o feito, pelo reconhecimento da prescrição, na forma do art. 269, IV, do mesmo Códex, e, portanto, com resolução de mérito, não havendo empecilho a que o tribunal evoluísse no mérito, a menos que a ação demandasse instrução, sobretudo com produção de prova oral, o que não se dá na hipótese. Nessa linha de julgamento sirva de exemplo aresto abaixo:

(...) “3. A Corte Especial, no julgamento do REsp no. 274.736-DF, de relatoria do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (DJ de 1º.9.2003), consagrou entendimento no sentido de que não configura supressão de instância o fato de o Tribunal ad quem, no julgamento da apelação, após afastar o implemento do prazo prescricional - que é fundamento para a extinção do processo com resolução de mérito -, passar a apreciar diretamente o mérito da lide, quando a causa for exclusivamente de direito e estiver devidamente instruída. Isso, porque “o § 1º. do Art. 515 é suficientemente claro, ao dizer que devem ser apreciadas pelo tribunal de segundo grau todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”. Assim, “se o Tribunal ad quem afasta a prescrição, deve prosseguir no julgamento da causa”. Desse modo, a autorização para o afastamento da prescrição e posterior julgamento do mérito da demanda pelo Tribunal ad quem, em sede de apelação, decorre do disposto no § 1º. do art. 515, do CPC e não de seu § 3º., tendo em vista que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, inclusive a apreciação e o julgamento de “todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”.

4. Não é necessário pedido expresso da parte interessada no sentido do julgamento do mérito da demanda, após o afastamento de causa extintiva do processo, mormente porque o Tribunal de origem estava autorizado, em sede de apelação, a julgar o mérito da causa, ainda que a sentença não a tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º., do CPC). (REsp no. 1.102.897-DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJe 5.8.2009)

Tal o contexto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, ficando mantido o acórdão recorrido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.461.882-PA (2014/0148319-0)

Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: José Alves Feitosa Oliveira

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Recurso especial. Improbidade administrativa. Art. 7º. da Lei no. 8.429/1992. Indisponibilidade de bens. Desnecessidade de comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do demandado e de individualização dos bens a serem alcançados pela constrição.

1 - A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp no. 1.366.721-BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o *periculum in mora* está implícito no art. 7º. da Lei no. 8.429/1992 (LIA).

2 - Nas *demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º., parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família* (REsp no. 1.287.422-SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 22.8.2013). Nesse mesmo sentido, vejam-se, ainda:

REsp no. 1.343.293-AM, Rel. Ministra DIVA MALERBI - Desembargadora convocada TRF 3a. Região -, Segunda Turma, DJe 13.3.2013; AgRg no REsp no. 1.282.253-PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 5.3.2013; REsp no. 967.841-PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 8.10.2010; bem como as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.410.1689/AM, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES; DJe 30.9.2014; e AREsp no. 436.929-RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.9.2014, e AgRg no AREsp no. 65.181-MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.5.2014.

3 - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4a. Região) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 5 de março de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 12.3.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial manejado com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1a. Região, assim ementado (fl. 479):

Processo Civil. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. BacenJud. Conta-salário.

1. *A indisponibilidade de bens deve ser sempre limitada aos bens suficientes para garantir o efetivo ressarcimento ao Erário, demonstrada, concretamente, o periculum in mora.*

2. *Não pode haver bloqueio absoluto, total, dos bens dos réus, inclusive dos ativos financeiros, sob pena de não permitir ou dificultar sua subsistência e de sua família. Devem ficar livres do bloqueio os valores referentes aos salários e rendas provenientes do trabalho.*

3. *A indisponibilidade só deve recair sobre tantos bens quanto bastem para o ressarcimento integral do dano e para o acréscimo patrimonial indevido.*

4. *Agravo não provido.*

O *Parquet* recorrente aponta violação ao art. 7º. da Lei no. 8.429/1992, assim como dissídio jurisprudencial. Sustenta, em síntese, que a existência do *periculum in mora* é presumida e que a *decretação da indisponibilidade de que trata o art. 7º. da Lei no. 8.429/1992 não se confunde com o sequestro, de forma que para sua efetivação não é necessária a individualização dos bens dos acusados* (fl. 512).

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fl. 529.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado pelo Subprocurador-Geral da República Moacir Guimarães Morais Filho, opina pelo conhecimento e provimento do recuso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Cuida-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa na qual foi indeferido pedido liminar de indisponibilidade de bens pelos fundamentos de que: (I) o *periculum in mora* não foi devidamente demonstrado; (II) não houve a individualização dos bens que seriam alcançados pela constrição.

Transcrevo, por esclarecedor, o seguinte trecho do acórdão recorrido (fl. 478):

Portanto, o periculum in mora deve estar devidamente demonstrado, não bastando a alegação de que a demora do processo poderá levar à dilapidação dos bens pelos réus.

In casu, onde há, tão-somente, o pedido genérico e preventivo acerca da indisponibilidade de bens, sem a demonstração da existência real de eventual risco de dilapidação do patrimônio dos agravados e, ainda, ante a ausência de individualização dos bens a serem declarados indisponíveis, não há mesmo como deferir o pleito ministerial.

Inicialmente, observa-se que o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* destoa da jurisprudência desta Corte de Justiça, a qual se firmou no sentido de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o *periculum in mora* está implícito no art. 7º. da Lei no. 8.429/1992 (LIA). Ressalte-se que a Primeira Seção consolidou o referido entendimento no julgamento do REsp no. 1.366.721-BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), cujo acórdão ficou assim ementado:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial repetitivo. Aplicação do procedimento previsto no art. 543-C do CPC. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Cautelar de indisponibilidade dos bens do promovido. Decretação. Requisitos. Exegese do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992, quanto ao periculum in mora presumido. Matéria pacificada pela Colenda Primeira Seção.

1. *Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei no. 8.429/1992).*

2. *Em questão está a exegese do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.*

3. *A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial no. 1.319.515-ES, de relatoria do em. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator para acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (DJe 21.9.2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial no. 1.256.232-MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 19.9.2013, DJe 26.9.2013; Recurso Especial no. 1.343.371-AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 18.4.2013,*

DJe 10.5.2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial no. 197.901-DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 28.8.2012, DJe 6.9.2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial no. 20.853-SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 21.6.2012, DJe 29.6.2012; e Recurso Especial no. 1.190.846-PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 10.2.2011) de que, “(...) no comando do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4o., da Constituição, segundo a qual ‘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’. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”.

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial no. 1.315.092-RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 7.6.2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio,

ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 80. da Resolução no. 8/2008-STJ.

(REsp no. 1.366.721-BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, Primeira Seção, DJe 19.9.2014 - sem destaque no original)

Quanto ao tópico remanescente, a instância recursal de origem também diverge da compreensão dominante no STJ sobre o tema, a qual é firme no sentido de que, *nas demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7o., parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família* (REsp no. 1.287.422-SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 22.8.2013). Nesse mesmo sentido, vejam-se, ainda: REsp no. 1.343.293-AM, Rel. Ministra DIVA MALERBI - Desembargadora convocada TRF 3a. Região -, Segunda Turma, DJe 13.3.2013; AgRg no REsp no. 1.282.253-PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 5.3.2013; REsp no. 967.841-PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 8.10.2010; bem como as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.410.1689/AM, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES; DJe 30.9.2014; e AREsp no. 436.929-RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.9.2014, e AgRg no AREsp no. 65.181-MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.5.2014.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial, determinando-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que, afastadas as premissas de indispensabilidade de *demonstração da existência real de eventual risco de dilapidação do patrimônio dos agravados e [...] de*

individualização dos bens a serem declarados indisponíveis (fl. 478), prossiga no julgamento do feito, como entender de direito.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.504.744-MG (2014/0246933-1)

Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA

Recorrente: Ederaldo de Souza Almeida

Advogados: Tiago Gaudereto Stringheta

Julio Firmino da Rocha Filho

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Interes.: Ébio José Vitor

Interes.: Mauricio Teixeira de Campos

Interes.: Auto Posto Valente Ltda

EMENTA

Administrativo. Ação civil pública por ato de improbidade. Prévio inquérito civil que encontra respaldo no art. 129, III, da Constituição Federal. Art. 17, §§ 6o. e 8o., da Lei no. 8.429/1992. Abastecimento de veículos de particulares às expensas do erário municipal. Indícios suficientes da existência do ato ímprobo. Recebimento da petição inicial. Decisão correta. Recurso desprovido.

1. O reconhecimento da existência de indícios da prática de atos de improbidade, em casos como o presente, não reclama o reexame de fatos ou provas. O juízo que se impõe restringe-se ao enquadramento jurídico, ou seja, à consequência que o Direito atribui aos fatos e provas que, tal como delineados no acórdão, darão suporte (ou não) ao recebimento da inicial.

2. Não há falar em nulidade ou ilegalidade do prévio inquérito civil presidido pelo *Parquet* autor, cujo procedimento

investigativo encontra desenganado respaldo na própria Constituição Federal (art. 129, inc. III).

3. A jurisprudência desta Corte tem asseverado que *é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público (REsp no. 1.197.406-MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2T, DJe 22.8.2013)*.

4. Como sinaliza o § 6o. do art. 17 da Lei no. 8.429/1992, o recebimento da exordial da ação de improbidade supõe a presença de indícios suficientes da existência do ato de improbidade, sendo certo que, pela dicção do § 8o. do mesmo art. 17, somente será possível a prematura rejeição da ação caso o juiz resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

5. No caso em exame, atribui-se aos réus, dentre eles o recorrente, a ilícita conduta de permitir, às custas do erário municipal de Orizânia-MG, o abastecimento de veículos pertencentes a particulares, podendo-se extrair dos autos a existência de indícios suficientes da caracterização das figuras ímprobas tipificadas nos arts. 10 e 11 da LIA, contexto em que o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção probatória, tão necessária ao pleno e efetivo convencimento do julgador.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4a. Região), Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2015 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 24.4.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de EDERALDO DE SOUZA ALMEIDA e outros.

Segundo consta da exordial, *a partir das investigações empreendidas no Inquérito Civil no. 0220.11.00000037-3 [...], logrou-se apurar que, entre os meses de janeiro a maio de 2011, o então Prefeito Municipal de Orizânia, ÉBIO JOSÉ VITOR (primeiro requerido), mediante colaboração do Diretor do Departamento de Administração do Município (Setor de Transportes), EDERALDO DE SOUZA ALMEIDA (segundo requerido), determinou e realizou despesas indevidas no Auto Posto Valente (terceira requerida), com combustíveis, ao permitir o abastecimento de veículos particulares de terceiros estranhos à administração pública, afora as despesas já suportadas pelo Município com os veículos oficiais, por meio de esquema fraudulento de consumo excessivo do produto, viabilizando, assim, o seu desvio em proveito alheio, o que redundou em atos de improbidade administrativa configuradores de lesão ao erário e infração aos princípios da administração pública notadamente da moralidade, economicidade e impessoalidade (arts. 10, caput e incisos I e XII e 11, caput, inciso I e VI, da Lei no. 8.429/1992) (fls. 626-627).*

A decisão de recebimento da inicial proferida pelo Juízo de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça mineiro, que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo ora recorrente, em acórdão assim ementado (fl. 1.305):

Agravo de instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Recebimento da inicial pelo magistrado. Índícios de ato de improbidade. Possibilidade.

Conforme o previsto no art. 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992, pode o Magistrado rejeitar de plano a petição inicial quando constar

que a ação é manifestamente temerária, ou seja, quando se convencer da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da ação.

Existindo indícios de cometimento de ato previsto na Lei de Improbidade Administrativa, deve ser recebida a inicial, em observância ao princípio in dubio pro societate, a fim de resguardar o interesse público.

Contra o referido acórdão, Ederaldo de Souza Almeida manejou o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da CF. Apontou, além de dissídio pretoriano, violação ao art. 17, § 6o., da Lei no. 8.429/1992, sustentando: (I) haver *inconstitucionalidade e ilegalidade na instauração, realizada por investigação interna do Ministério Público, de Procedimento administrativo ou inquérito civil, para apuração de ilícito penal ou administrativo quando este mesmo órgão será também o deflagrador da ação civil pública* - fl. 1.314; (II) que a imputação que lhe foi feita carece do mínimo de lastro probatório.

Contrarrazões às fls. 1.325-1.329.

A seu turno, o Ministério Público Federal, em parecer ofertado pela Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, opina pelo desprovisionamento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Esclareço, desde logo, que o reconhecimento da existência de indícios da prática de atos de improbidade, em casos como o presente, não reclama o reexame de fatos ou provas. O juízo que se impõe restringe-se ao enquadramento jurídico, ou seja, à consequência que o Direito atribui aos fatos e provas que, tal como delineados no acórdão, darão suporte (ou não) ao recebimento da inicial.

No que respeita à questão de fundo posta nos autos, a jurisprudência desta Corte tem asseverado que *é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público* (REsp

no. 1.197.406-MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 22.8.2013).

Nessa mesma linha de raciocínio:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Artigos 9o. e 10 da Lei no. 8.429/1992. Subcontratação de serviços de publicidade contratados pela Câmara dos Deputados. Recebimento da inicial. Art. 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992. In dubio pro societate. Necessidade de nova inclusão de processo na pauta de julgamento. Prejuízo não demonstrado. Órgão colegiado composto por juízes convocados. Ausência de violação do princípio do juiz natural.

1. Nos termos do art. 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992, a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp no. 1.186.672-DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13.9.2013)

Administrativo. Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Possível promoção pessoal em propaganda oficial. Indícios suficientes para o recebimento da petição inicial. Aplicação do princípio do in dubio pro societate. Revolvimento do conjunto fático e probatório no caso em concreto. Inocorrência. Conclusão alcançada a partir dos fundamentos utilizados no acórdão recorrido. Ocorrência de prequestionamento dos dispositivos tido como violados.

1. De acordo com a orientação jurisprudencial deste Sodalício, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7o., 8o. e 9o., da Lei no. 8.429/1992, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes.

2. No caso em tela, a análise dos fundamentos expostos no acórdão recorrido - sem que com isso seja necessário realizar o revolvimento

do conjunto fático e probatório constante dos autos - há indícios de prática de ato de improbidade, tendo em vista que a promoção pessoal em informes publicitários oficiais é conduta que pode ser enquadrável nos ditames da Lei no. 8.429/1992, não havendo, assim, que se falar na ausência de justa causa para o processamento da demanda.

3. Além disso, observa-se ser por demais prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda.

4. Não houve o revolvimento de provas e fatos - o que é vedado na via recursal eleita a teor da Súmula no. 7-STJ - tendo em vista que, no caso em concreto, a circunstância quanto à existência de indícios de prática de ato qualificado por improbidade administrativa fora retirada do próprio acórdão, quando afirmou que a parte ora agravante - agente público do Município de Vitória-ES - inseriu seu nome no informe publicitário veiculado para estimular o contribuinte a pagar em dia o IPTU.

5. Além disso, não há que se falar em falta de prequestionamento dos dispositivos tidos como violados nas razões do recurso especial - art. 17, §§ 8o. e 9o. da Lei no. 8.429/1992 - tendo em vista que houve manifestação expressa a respeito dos mesmos no acórdão recorrido. Inviabilidade, assim, de aplicar as Súmulas no. 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp no. 1.317.127-ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 13.3.2013)

Na espécie, o Tribunal de origem, ao manter a decisão de recebimento da inicial, assentou o seguinte (fl. 1.306):

Da narração e documentos acostados aos autos, estão presentes indícios da ocorrência de ato de improbidade administrativa por parte do agravante, o que, por si só, torna possível o recebimento da presente ação.

In casu, estão presentes todas as condições da ação, consubstanciados no art. 17, da Lei no. 8.429/1992, que autoriza a propositura de ação por ato de improbidade administrativa pelo Ministério

Público ou pela pessoa jurídica interessada, o que também demonstra a possibilidade jurídica do pedido.

Ademais, em se tratando de demanda que visa o ressarcimento do erário, a ação civil pública é o instrumento cabível, cujo objetivo é a defesa dos direitos difusos. Por isso, também não resta dúvida quanto ao interesse processual do parquet, que tem o dever de assegurar que os princípios administrativos sejam observados quando proferidos atos de ilegalidade pelos entes públicos.

É certo que da ação de improbidade, será recebida pelo Magistrado apenas de houverem indícios de atos ímprobos, devendo ser rechaçada se manifestamente temerária.

No caso dos autos, conforme explicitado estão presentes os indícios que levam ao recebimento da inicial, não havendo que se falar no seu indeferimento ou mesmo exclusão da parte na lide, mormente em atenção ao princípio do in dubio pro societate, a fim de resguardar o interesse público.

Extrai-se dos autos que o inquérito civil realizado (f. 76-TJ) apura suposto desvio de verba pública do Município de Orizânia através de abastecimento de veículos particulares não afetados ao serviço público. Ademais há evidências de gastos com combustíveis de forma desproporcional ao consumo médio da frota municipal - parecer de f. 341-346-TJ. (sic)

À vista desse quadro fático, não há como recusar-se a presença de indícios suficientes para o recebimento da exordial, sem prejuízo de que os elementos indiciários carreados no subjacente inquérito civil sejam submetidos ao oportuno crivo do contraditório judicial. Não há, portanto, como quer o recorrente, falar em nulidade ou ilegalidade do anterior inquérito civil, cuja peça investigatória preliminar, titularizada pelo *Parquet* autor, encontra desenganado respaldo normativo na própria Constituição Federal (art. 129, III).

Nesse sentido, não é possível, como pretendido pelo recorrente, infirmar-se, de plano, o conteúdo e as conclusões da perícia contábil veiculada no inquérito civil, dando conta da aparente desproporcionalidade entre a elevada quantidade de combustível adquirida pela municipalidade de Ourizânia e a baixa quilometragem apurada em sua frota oficial no mesmo período temporal. Assim também, não há como deslegitimar-se, desde logo, os depoimentos testemunhais

constantes do mesmo inquérito, sob o frágil argumento de que teriam sido prestados por rivais políticos do recorrente.

Tenho por presente, portanto, a existência dos suficientes indícios de que trata o § 6o. do art. 17 da LIA, cuja diretriz, aliás, guarda conformidade com a dicção do § 8o. do mesmo artigo de lei, no rumo de que somente será possível a pronta rejeição da ação, pelo magistrado, caso resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

No caso em exame, reitere-se, há indícios bastantes da existência do ato ímprobo historiado pelo *Parquet* autor, contexto em que o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção probatória, tão necessária ao pleno e efetivo convencimento do julgador.

A propósito:

Administrativo. Improbidade administrativa. Fase preliminar da ação judicial. Princípio do in dubio pro societate. Art. 11 da Lei no. 8.429/1992. Prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito. Desnecessidade.

[...]

5. Quanto ao mérito, deixe-se consignado que esta Corte Superior tem posicionamento no sentido de que, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7o., 8o. e 9o., da Lei no. 8.429/1992 (fase em que a presente demanda foi interrompida), vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público.

6. Isto porque, durante a instrução probatória plena, poderá ser possível identificar elementos objetivos e subjetivos da tipologia da Lei no. 8.429/1992, especialmente a caracterização de eventual dano ao erário ou enriquecimento ilícito e o dolo dos agentes envolvidos.

7. No mais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei no. 8.429/1992 (tipo em tese cabível à presente hipótese concreta), é despicienda a caracterização do dano ao erário

e do enriquecimento ilícito, razão pela qual a presente demanda é abstratamente viável. Precedentes.

8. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte provido.

(REsp no. 1.220.256-MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 27.4.2011 – sem destaque no original)

Lado outro, o recurso especial também não merece acolhida no tocante à alínea *c* do permissivo constitucional. Isso porque a parte recorrente não emprestou mínimo atendimento às exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1o. e 2o., do RISTJ.

Finalizando, e tendo em mira o princípio *in dubio pro societate*, prevalescente neste momento limiar das ações de improbidade, impõe-se, a meu sentir, a manutenção do acórdão recorrido, para que a ação tenha regular trâmite, descabendo, por conseguinte, falar em violação ao art. 17, § 6o., da Lei no. 8.429/1992.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.536.895-RJ (2015/0032419-7)

Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Recorrente: César Eptácio Maia

Advogado: Jose Roberto de Albuquerque Sampaio e outro(s)

Recorrente: Studio G Construtora Ltda

Advogados: José Paulo Pereira da Silva e outro(s)

Lycurgo Leite Neto

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Interes.: Empresa Municipal de Urbanização RIO-URBE

Interes.: Jorge Roberto Fortes

Interes.: Geronimo de Oliveira Lopes

Interes.: Lourenço Cunha Lima

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Imputação da prática de Ato de Improbidade Administrativa. Construção da Igreja de São Jorge, em Santa Cruz, bairro da periferia do Município do Rio de Janeiro-RJ. Indispensabilidade de comprovação do dolo do agente, para configurar-se improbidade, nos casos do art. 11 da Lei no. 8.429/1992. Carência de demonstração probatória consistente, de modo a suportar juízo condenatório quanto às imputações de enriquecimento lícito, dano ao Erário e conduta dolosa do agente. Recursos Especiais aos quais se dá provimento.

1. O Tribunal *a quo* não demonstrou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente na prática do ato que lhe foi imputado como ímprobo; pelo contrário, malgrado o acórdão recorrido mantivesse a condenação dos recorrentes por improbidade administrativa capitulada no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, tal como a sentença condenatória, assentou o elemento subjetivo do agente perpetrado no dolo genérico, por se entender que a aplicação de recursos públicos em obras e eventos religiosos viola a laicidade estatal.

2. Esta orientação não tem o abono jurisprudencial do STJ, que exige a comprovação do dolo como elemento da conduta, para submeter legitimamente o infrator às iras do art. 11 da Lei no. 8.429/1992; precedentes: REsp no. 1.478.274-MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 31.3.2015; AgRg no REsp no. 1.191.261-RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25.11.2011; o dolo deve ser verificado na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso o que deve ser demonstrado e o que não foi, no caso em apreço.

3. Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de *minimis non curat*

Praetor, neste caso, trata-se de contribuição do Município do Rio de Janeiro para construção de uma pequena igreja dedicada à devoção de São Jorge, na periferia da Cidade do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 150.000,00.

4. Recursos Especiais de CÉSAR EPITÁCIO MAIA e STÚDIO G. CONSTRUTORA LTDA, aos quais se dá provimento para afastar suas condenações por improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento aos recursos especiais para afastar as condenações por improbidade administrativa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Jose Roberto de Albuquerque Sampaio, pela parte recorrente: César Epitácio Maia e o Dr. Orlando Carlos Neves Belem, pela parte recorrida: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 8.3.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos por CESAR EPITÁCIO MAIA e por STUDIO G. CONSTRUTORA LTDA, contra o acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se manteve a condenação de ambos por ato doloso de improbidade administrativa, com base no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, nos termos da ementa seguinte:

Apelação cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Construção de templo religioso. Município do Rio de Janeiro. Igreja de São Jorge. Alegada violação ao artigo 19, inciso I, da CRFB. Subvenção. Sentença de procedência. Irresignação dos réus.

Dois réus que interpuseram apelações na pendência do julgamento dos embargos de declaração contra a sentença. Necessidade de ratificação, consoante o disposto na Súmula no. 418 do C. STJ, ressalvado o entendimento pessoal desta Relatoria, que restou vencido. Não conhecimento dos apelos da MITRA e do STUDIO G. Preliminar de ilegitimidade passiva da MITRA ARQUIEPISCOPAL. Conhecimento de ofício. Pedido do autor neste sentido. Terreno que não é da propriedade da ré. Templo que foi entregue à Irmandade de São Jorge. Mero exercício de atividades eclesiais, sem ter ciência acerca da origem do bem. Acolhimento da preliminar, vencida a i. Des. Revisora. Conhecido o Agravo retido interposto por um dos réus, pois reiterado no apelo. Defesa prévia. Emenda da inicial. Possibilidade. Rejeição do agravo retido. Preliminares. Aplicação da Teoria da Asserção. Pertinência subjetiva, conforme narrativa exposta na exordial. Questões que se confundem com o mérito. Preclusa a decisão que admitiu a inicial. RIO URBE. Personalidade jurídica própria. Celebração do contrato. Pleito de anulação. Aplicabilidade da Lei no. 8.429/1992 aos agentes políticos. Jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores. Não se trata de controle de constitucionalidade, mas apenas análise da conduta dos réus. Nulidade da sentença de fls. 982-983. Magistrado de 1o. Grau, após o término do seu ofício judicante, proferiu nova sentença, alterando o dispositivo. Publicação da sentença que se consuma com a entrega da mesma subscrita pelo Juiz ao escrivão. Inexistência de erro material. Omissão. Ausência de litisconsórcio passivo necessário com todos os fiéis que freqüentam a igreja. No mérito, cinge-se a controvérsia em verificar se a construção da Igreja de São Jorge, no bairro de Santa Cruz, configura ato de improbidade administrativa, a ensejar a anulação do contrato, bem como a condenação dos réus - excetuando-se a RIO URBE - a restituir ao erário o valor gasto, além das demais sanções previstas na Lei no. 8.429/1992. Consoante entendimento consolidado no C. STJ, para a configuração de ato de improbidade é imprescindível a demonstração do elemento subjetivo. Alegada violação ao artigo 19, I, da CRFB. No caso, entendeu a d. maioria que a construção da Igreja configurou ato de improbidade administrativa, restando vencida esta Relatoria. Neste ponto, conforme o Voto Condutor da e. Des. LÚCIA HELENA DO PASSO, o Brasil é um Estado laico,

não adotando qualquer religião oficial, no qual razões de ordem religiosa não podem afetar os rumos políticos e jurídicos do Poder Público, entendendo que houve subvenção na hipótese, diante da concessão de auxílio pecuniário pelo Poder Público, sendo esta a finalidade do contrato objeto da lide. Entendendo-se pela existência de ato de improbidade administrativa, o Chefe do Poder Executivo à época deve responder pela construção da igreja, vislumbrando-se em relação a este réu o elemento subjetivo, consistente na consciência e voluntariedade quanto à realização do ato impugnado. Agente político e, portanto, titular do poder discricionário. Decisão de determinar a realização da obra impugnada, autorizando às despesas relativas ao ato objeto da presente ação. Assessor. Parecer. Ausência de dolo ou má-fé. Demais réus que não tiveram qualquer participação ao ato impugnado, tampouco figurando como beneficiários. NÃO CONHECIDOS OS RECURSOS DA MITRA E DO STUDIO G. ACOLHIDA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MITRA, DE OFÍCIO. PROVIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS POR JORGE ROBERTO FORTES, GERÔNIMO DE OLIVEIRA LOPES, RIO URBE E LOURENÇO CUNHA LANA. DESPROVIMENTO DO APELO DE CÉSAR E. MAIA (fls. 1.615-1.671 e-STJ).

2. Originariamente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra a Empresa Municipal de Urbanização (RIO-URBE), o Diretor-Presidente JORGE ROBERTO FORTES, o Diretor de Administração e Finanças GERÔNIMO DE OLIVEIRA LOPES, o Assessor Jurídico LOURENÇO CUNHA LANA, o ex-Prefeito do Município do Rio de Janeiro CESAR EPITÁCIO MAIA e STUDIO G. CONSTRUTORA LTDA., tendo por fundamento as conclusões do Inquérito Civil no. 2.660/04.

3. Narra a inicial, que a RIO-URBE celebrou Termo de Contrato de Obras ou de Serviços de Engenharia com STUDIO G. CONSTRUTORA LTDA., tendo por objeto a execução de obras na Igreja São Jorge, em valor próximo a R\$ 150.000,00; segundo o *Parquet*, o pagamento pelas obras, incluindo posteriores aditivos contratuais, tendo sido realizado pelos cofres municipais, caracterizaria subvenção religiosa e violaria ainda o princípio constitucional do Estado laico (art. 19, I da CF/1988).

4. Na citada ação, por violação do art. 11, *caput* e I da Lei no. 8.429/1992 e ao art. 19, I da Constituição Federal, o MP-RJ requereu a condenação dos réus nas sanções do art. 12, II e III da Lei de Improbidade Administrativa, bem como a declaração de nulidade do contrato e o ressarcimento do Erário.

5. O juízo de piso julgou procedente o pedido inicial e condenou todos os réus, solidariamente, a ressarcir integralmente o Erário no valor fixado no contrato, ou seja, no valor de R\$ 149.432,40, acrescidos dos valores fixados nos aditivos contratuais posteriormente pactuados, corrigidos monetariamente e com juros de 1% (um por cento) ao mês desde a citação.

6. Determinou-se, ademais, a suspensão dos direitos políticos dos réus JORGE ROBERTO FORTES, GERÔNIMO DE OLIVEIRA LOPES, LOURENÇO CUNHA LANA e CESAR EPITÁCIO MAIA por 5 anos, bem como a perda dos cargos públicos que os acusados exerciam; condenou cada um dos acusados a pagar individualmente multa civil no valor de R\$ 149.432,40, correspondente ao valor inicialmente previsto para o contrato.

7. Por fim, determinou a proibição de todos os réus de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários pelo prazo de 5 anos, condenando-os ao pagamento das despesas processuais.

8. O acórdão proferido pela 13a. Câmara Cível do TJ-RJ, por unanimidade, deu provimento aos recursos de JORGE ROBERTO FORTES, de GERÔNIMO DE OLIVEIRA LOPES, de LOURENÇO CUNHA LANA e da Empresa Municipal de Urbanização-RIO URBE, excluindo suas condenações; por maioria, não conheceu dos recursos da Mitra Arquiepiscopal e do STUDIO G. CONSTRUTORA LTDA., acolhendo, no entanto, de ofício, a preliminar de ilegitimidade passiva de Mitra Arquiepiscopal; por fim, negou provimento ao recurso de CÉSAR EPITÁCIO MAIA, o único condenado pelo TJ-RJ.

9. Nas razões do Recurso Especial, o recorrente CÉSAR EPITÁCIO MAIA sustenta, em síntese, violação do art. 535, II do CPC e art. 11 da Lei no. 8.429/1992.

10. STUDIO G. CONSTRUTORA LTDA., por sua vez, aduz que o seu recurso de Apelação deveria ter sido conhecido, pois não era

necessário ratificá-lo após o julgamento dos Embargos manejados pelos corréus. Aponta dissídio jurisprudencial sobre o tema.

11. Parecer do Ministério Público Federal às fls. 2.196-2.206 e-STJ, subscrito pelo douto Subprocurador-Geral da República MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, pelo não provimento dos Agravos.

12. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O ato de improbidade, imputado ao recorrente CEM, consistiria em ter ele, quando Prefeito Municipal do Rio de Janeiro-RJ, disponibilizado recursos do erário municipal para a construção de uma capela dedicada à devoção de São Jorge, em Santa Cruz, Bairro do Município do Rio de Janeiro-RJ.

2. Vale rememorar que, na ocasião do julgamento dos recursos de Apelação, o eminente Relator, Desembargador ANDRÉ RIBEIRO, votou pelo acolhimento dos recursos dos réus, sob o fundamento de que a construção da Igreja de São Jorge em Santa Cruz - Bairro da periferia do Município do Rio de Janeiro - não constitui ato de improbidade administrativa, porquanto atendeu a interesse público, diante do grande número de devotos do mencionado Santo e da necessidade de locomoção da coletividade.

3. Ressaltou que o valor da obra não se mostrou excessivo, não havendo, portanto, que se falar em dano ao erário municipal, acrescentando que a construção do prédio, utilizado como templo, não se enquadra no disposto nos arts. 10 e 11, *caput* e I da Lei no. 8.429/1992.

4. Segundo o douto Relator, a laicidade do Estado não impede que se reconheça a importância sócio-cultural das religiões, como se pode observar dos feriados instituídos pelo Poder Público em virtude de dias santificados, tais como o de Nossa Senhora Aparecida, Natal, *Corpus Christi*, levando-se em conta que o povo brasileiro é em grande parte católico, constituindo-se tradição de origem histórica, que não pode ser desconsiderada, sendo certo que, no ano de 2008, foi instituído, por lei o municipal do Rio de Janeiro feriado Estadual de São Jorge, no dia 23 de abril (fls. 1.663-1.664 e-STJ).

5. No entanto, tal entendimento ficou vencido pela douta maioria que se formou, segundo a qual a construção da Igreja de São Jorge configurou ato de improbidade administrativa, cabendo destacar o excerto do voto condutor:

Indiscutivelmente, o contrato celebrado objeto da lide não deixa margem para dúvidas sobre a concessão de auxílio pecuniário pelo município do Rio de Janeiro para a construção da igreja referida.

Destarte, o quarto Apelante (CESAR EPITACIO MAIA), então chefe do Poder Executivo Municipal, na condição de gestor público e, como tal, responsável pela administração pública do município, deveria zelar pela boa gestão da coisa pública e se abster da prática de atos que violem os preceitos legais e os princípios que norteiam a probidade administrativa.

Certo é, ainda, que o quarto Apelante (CESAR EPITACIO MAIA) não pode alegar desconhecimento da lei que o obrigava a agir e tinha o dever, como administrador público, de observar o princípio da legalidade e buscar uma atuação eficiente que preservasse, da melhor forma, o erário público.

(...).

Destarte, não pairam dúvidas quanto ao dolo, seja direto ou eventual, do quarto Apelante (CESAR EPITACIO MAIA) ao autorizar a realização da obra, com a liberação de verbas públicas para a construção da Igreja Católica descrita nestes autos, em violação frontal aos princípios da administração pública e evidente dano ao erário.

(...).

Destarte, ao direcionar verba pública, independentemente do valor, para a construção de templo religioso em homenagem a santo de religião específica e, ainda que em atendimento ao suposto pedido da população local, o quarto Apelante (CESAR EPITACIO MAIA) incorreu na prática de conduta descrita tipo constante do artigo 11, da Lei no. 8.429/1992, sendo irrelevante para à caracterização do ato de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito do agente, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

(...).

Ademais, quanto ao suposto atendimento ao interesse público em razão do pedido para construção da capela ter sido feito pela população local, é preciso destacar que o interesse público a que se

refere a parte final do inciso I do artigo 19 da CF, somente se dará se a instituição religiosa estiver, coincidentemente, desenvolvendo uma atividade beneficente útil à sociedade, como no caso de projetos de alfabetização, de profissionalização etc.

O que importa para a referida colaboração é o interesse público consistente no desenvolvimento, pela instituição religiosa, de uma atividade considerada útil pelo Estado para atingir um fim pretendido pela coletividade, sem nenhuma relação com a crença religiosa esposada por dita instituição.

Assim, a aplicação de recursos públicos em obras e eventos religiosos viola a laicidade estatal e com ela a própria noção de igualdade e republicanismo de nosso regime democrático ficam vulneradas.

Oportuno mencionar que o STJ já pacificou entendimento no sentido de existir dano ao erário ainda que a finalidade do ato seja, em tese, de interesse público, como por exemplo, o pagamento de professores, conforme julgado destacado a seguir:

(...).

Esta Revisora reconhece a relevância sociocultural do santo ao qual foi dedicada a igreja construída mas, desafortunadamente, não se faz presente no caso dos autos a necessária postura público-administrativa imparcial e equidistante a legitimar a ação.

Ademais, como já ressaltado anteriormente, não obstante se reconheça a importância de manifestações religiosas e eventos culturais e esportivos, não há como se perpetuar práticas incorretas visto que, a nova ordem constitucional e a sociedade brasileira repudiam o uso desidioso do dinheiro público.

6. Tenho para mim que esse fato (a destinação dos recursos), por si só e independentemente de qualquer outro elemento objetivo, *é de natureza infracional extremamente incerta e duvidosa* e isso porque, como se sabe, a sociedade brasileira é profundamente religiosa – *embora o Estado seja laico, mas não ateu, e muito menos ímpio* – como se pode afirmar.

7. Penso que essa religiosidade provém da circunstância histórica e sociológica de a Fé Cristã haver aportado ao Brasil nas caravelas dos seus descobridores, cujas naus, aliás, ostentavam a Cruz de Cristo como símbolo e motivo para as suas ousadas aventuras transoceânicas.

8. Ademais, não se pode negar que grande parte das cidades brasileiras, inclusive capitais de Estados, como São Paulo-SP, São Luís-

MA, Salvador-BA, Belém-PA, Natal-RN, dentre outras, ostentam nomes ou alusões a santos e episódios da religião cristã, isso para não falar no nome do Estado de Santa Catarina e em inúmeros topônimos nacionais, como Bahia de Todos os Santos-BA, Baía de São Marcos-MA, Ilha de São Luís-MA e Municípios como Santa Maria-RS, São Benedito-CE, São Sebastião do Paraíso-MG, São José do Rio Preto-SP, e muitos outros que, segundo o censo do IBGE chegam a mais de 2.500.

9. Os Municípios Brasileiros, todos eles, têm o seu Santo Padroeiro, como Nossa Senhora da Assunção, em Fortaleza-CE, São Sebastião, no Rio de Janeiro-RJ, além de Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil, e São João Bosco, cultuado aqui em Brasília-DF.

10. Muitas cidades do Brasil foram fundadas por missões religiosas cristãs, sobretudo as dos Padres Jesuítas, que realizaram a catequese dos indígenas (processo de discutível ou de questionável humanismo) e foram os nossos primeiros educadores; a atividade dos religiosos de todas as dominações – cristãs ou não – no Brasil, se expressam, também, de diversas formas de cultos e concepções arquitetônicas, estas visíveis em mosteiros (como o de Olinda-PE), templos (como os de Salvador-BA, Ouro Preto-MG, dentre outros), colégios e universidades; o Estado Brasileiro não é hostil à religiosidade, tanto que concede imunidade tributária aos templos de qualquer culto (art. 150, VI, letra *b*, da CF) e pode celebrar com as diversas igrejas cooperação nas áreas educacional e outras.

11. A conservação e a preservação desse patrimônio arquitetônico, sempre demandantes de maiores aportes de atenção, fazem até parte da política estatal de manutenção da nossa memória histórica; ninguém pode afirmar, por exemplo, que a construção da Catedral de Brasília tenha sido uma improbidade, como também não se pode dizer que a implantação da Embaixada da Santa Sé, em local privilegiado de Brasília, possa ser apontada como signo de favorecimento ou de improbidade.

12. De igual modo, a conservação dos Profetas do Alejadinho ou do conjunto arquitetônico de Pampulha, em Belo Horizonte-MG, e muitos outros monumentos artísticos de *matriz religiosa*, que seria até fastidioso enumerar, seria impassível de ser apontada como coisa inconveniente, condenável e muito menos ímproba.

13. A Lei de Improbidade Administrativa, como todos sabemos, nasceu com a finalidade de combater e sancionar os agentes de atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública; os seus comandos, todavia, são bastante abertos, havendo, portanto, a necessidade de utilizá-la com certa prudência, a fim de que o próprio instrumento jurídico não seja enfraquecido e se torne impotente, vulgarizando-se pelo excesso de sua utilização ou, até mesmo, que seja utilizado como *mero mecanismo de repercussão nos elementos de disputa e competição eleitoral*, por exemplo, o que não é incomum nem episódico.

14. Esta última hipótese, como se sabe, tem se intensificado gradativamente, sobretudo após a alteração da LC no. 64/1990, através da *Lei da Ficha Limpa*, a qual, com o intuito de garantir, com a inclusão ou ampliação de hipóteses de inelegibilidade, maior proteção à probidade administrativa e à moralidade no exercício do mandato, levando em consideração a vida pregressa do candidato, ampliou e uniformizou o tempo da sanção de inelegibilidade que era de três para oito anos, bem como tornou desnecessário o trânsito em julgado das decisões judiciais que a decretam.

15. No que se refere à sanção aplicada a fatos ilícitos, passou então a valer a mera decisão do órgão colegiado para que se tenha, de pronto, a execução da inelegibilidade por improbidade administrativa, tornando-a forte instrumento de interferência no cenário político a cada eleição, o que tem sido objeto de preocupação constante.

16. Daí por que, nos períodos que antecedem os pleitos eleitorais, muitas vezes, estranhamente, as ACPs por improbidade administrativa ganham força, celeridade e notoriedade, devendo ser, quando houver a possibilidade de servirem como *mecanismo de repercussão nos elementos de disputa e competição eleitoral*, verificadas mais segura e com maior ponderação, sob pena de favorecer julgamentos casuísticos ou oportunistas, que devem ser evitados. Parece-me desmedido que seja necessário inserir todo esse contexto para introduzir um comentário raso sobre algo mais raso ainda.

17. Digo isso porque tal hipótese talvez se aplique ao caso ora em apreço; malgrado os fatos delineados no alegado ato ímprobo fossem amplamente conhecidos *desde meados do ano 2004*, apenas em meados de 2009, ano em que o recorrente, sabidamente por todos, estava cotado

para ser candidato a Presidente da República, pelo Democratas (DEM), tendo no pleito de 2010 acabado por se candidatar ao Senado Federal para o pleito 2010 é que a ACP foi proposta; esta mesma coincidência o recorrente se deu quando do recebimento da inicial, que ocorreu apenas às vésperas das eleições de 2012, quando o recorrente se elegeu Vereador do Rio de Janeiro.

18. Tudo isso, embora, talvez, não ultrapasse o campo da conjectura, a sua plausibilidade não pode ser descartada sem mais nem menos, relevando ainda notar que apenas em 2014, quando CESAR MAIA voltou a se candidatar ao Senado Federal, é que os recursos de Apelação interpostos foram julgados pelo colegiado do TJ-RJ, mantendo a condenação por improbidade apenas quanto ao ora recorrente e quanto à empresa, também ora recorrente, que, na verdade, não teve o seu recurso conhecido por ausência de ratificação após os Embargos Declaratórios; todos os demais apelantes foram *absolvidos* da imputação de improbidade, acolhendo, inclusive, de ofício, a preliminar de ilegitimidade passiva de Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro.

19. Não se pode negar que há um fascínio enorme em relação à aplicação da Lei de Improbidade. Inicialmente, por reclamar-se (e todos concordam), com razão, a necessidade de se observarem legítimos padrões de moralidade no âmbito da Administração Pública; ademais, é por isso que se diz até que se justificaria violar princípios processuais consolidados, em nome desse chamado *princípio da moralidade*.

20. No entanto, a função dos julgadores é sobranceira a esses propósitos: os seus empenhos são orientados por um ideal que transcende os objetivos imediatistas da sanção a qualquer custo; ademais, nenhuma lei traz em si mesma a solução dos litígios de forma cem por cento completa, mas somente e apenas sugerida. Por isso, *toda solução de disputas intersubjetivas deve conter elementos próprios e insubstituíveis da realidade moral da disputa considerada, sob pena de incorrer em abstrações muitas vezes errôneas e frequentemente perversas*: esse é o pressuposto essencial da necessidade da permanente atuação da autoridade judicial *atenta e isenta de compromissos explícitos ou dissimulados com a repressão ou - vale dizer - de compromisso com a literalidade das leis escritas*.

21. Mas a repressão às improbidades é como a repressão aos crimes ou a repressão à criminalidade: deve ser feita com muita energia, mas

dentro dos parâmetros da legalidade estrita, porque se trata de Direito Sancionador, que não dá carta branca para que se ofendam as garantias subjetivas dos imputados.

22. Pelo que se pode perceber do presente caso, malgrado o acórdão recorrido mantivesse a condenação dos recorrentes por improbidade administrativa capitulada no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, tal como a sentença condenatória, assentou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente no chamado dolo genérico, por entender que *a aplicação de recursos públicos em obras e eventos religiosos viola a laicidade estatal, nada mais acrescentou, em termo de demonstração do ilícito.*

23. Tal entendimento, todavia, como se percebe, está em manifesto descompasso com o sufragado há tempos, por este egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não se dispensa a demonstração do dolo do agente; não obstante, releva, ainda, a verificação de onde está inserido o dolo, seja ele genérico ou específico, importa saber se está no resultado ou na própria conduta.

24. Isso porque se a resposta afirmar que está no resultado, pode-se dizer que todo resultado lesivo será automaticamente doloso; no entanto, certo é que o dolo está na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente e isso é o que deve ser demonstrado, e que não foi no caso em apreço.

25. E quando será possível afirmar que não existe dolo? Quando a conduta estiver respaldada em alegação aceitável, em algo razoável, em algo que se pode entender como suficiente.

26. O resultado pode ser lesivo e, na verdade, o resultado é sempre lesivo; no entanto, se formos identificar a conduta dolosa pelo resultado, sempre haverá o dolo, porque o resultado é sempre pernicioso, indesejável, ruim, maligno; se assim fosse, sempre haveria o dolo, pelo resultado prejudicial.

27. O dolo, certamente, está na conduta do agente e não no resultado, pois, evidentemente, pode haver um resultado nocivo, sem dolo no agir de quem o produz; no caso em apreço, sequer houve um resultado prejudicial.

28. A ideia de que não se requer lesão nas condutas do art. 11 da Lei no. 8.429/1992, e se requer apenas o dolo genérico, encaminha os juízos para identificar as ilegalidades com as improbidades.

29. Na hipótese em apreço, se for levada ao pé-da-letra, pode-se dizer que o sujeito praticou uma ilegalidade por violar a laicidade estatal prevista na Constituição Federal; mas essa ilegalidade jamais se elevaria ao nível de improbidade, porque não tem o colorido próprio da improbidade, que seriam a lesão e o dolo, os quais não foram demonstrados pelo Tribunal *a quo*.

30. Assim, não tendo sido associado à conduta do agente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa; mais uma vez, deixa-se assinalado que a constatação de ato ímprobo não dispensa a análise demonstrativa do seu elemento subjetivo (dolo, no caso do art. 11 da Lei no. 8.429/1992), pois se assim não fosse, terminaria a atividade sancionadora aplicando o mesmo tratamento repressivo aos atos apenasmente ilegais e aos que revestissem a qualidade de maliciosos, de má fé ou mesmo eivados de culpa grave; essa uniformidade já foi rejeitada por este STJ:

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei no. 8.429/1992. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada.

1. O caráter sancionador da Lei no. 8.429/1992 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9o.); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta

antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4o.). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...).” in José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, in casu, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: “Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contratação de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (...)”

6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em error in judicando ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.

(...).

13. *Recurso Especial provido* (REsp no. 909.446-RN, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.4.2010).

31. O nepotismo, por exemplo, não está na Lei de Improbidade, e talvez seja a infração mais disseminada; embora haja uma lei específica a seu respeito, nela está definido como algo proibido, ilegal, que pode

sujeitar o praticante do nepotismo até à sanção de demissão, mas não sujeita às demais sanções de improbidade.

32. De mais a mais, malgrado o nepotismo, agora, fundamente-se, primordialmente, no princípio da impessoalidade, na verdade, não existe a possibilidade de paralelismo, nem de semelhanças para estabelecer figuras delitivas e sanções.

33. Faz-se necessário identificar quais os elementos que constituem o ato ímprobo para o extremar do ato simplesmente infracional ou apenas ilegal; se não se fizer a necessária distinção essencial entre o conceito de ilegalidade e o conceito de improbidade, poder-se-á sugerir que sempre que for proclamada uma infração à lei – uma ilegalidade – como quando se concede uma ordem de segurança ou de *Habeas Corpus*, por exemplo, se deverá, somente por isso, cogitar de submeter a autoridade impetrada às sanções da Lei no. 8.429/1992, pois estaria caracterizado um ato ímprobo, o que seria da mais evidente e manifesta absurdez.

34. Por conseguinte, importa – e importa muito – identificar, no amplo contexto dos vários atos infracionais ou ilegais passíveis de cometimento pelo Agente Público, aqueles que contém seguros elementos que apontam para a existência de improbidade; esses elementos são a tipicidade, a lesividade, a antijuridicidade e a culpabilidade, esta sempre a título de dolo.

35. Não há como negar que os enunciados dos referidos dispositivos da Lei no. 8.429/1992 são extremamente abertos, o que exige do seu aplicador especial atenção e cuidado com os aspectos fáticos dos ilícitos administrativos ali elencados, para se evitar que a extensão conceitual daquelas figuras termine por ampliar os seus contornos, ao ponto de neles caberem condutas que não expressam infrações graves à ordem administrativa e que, por isso, não devem – e não podem – ser classificadas como atos de improbidade, mas sim como atos infracionais simples ou meras ilegalidades que são reprimidas por outros meios.

36. De mais a mais, os posicionamentos que aceitam a tipificação de condutas puníveis por meio das chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados estão com os seus dias contados, pois não se pode juridicamente justificar a sua consistência, diante da força dos direitos fundamentais das pessoas, que terminarão prevalecendo

sobre essas visões pragmáticas ou nutridas nas matrizes do interesse administrativo imediato ou direto, sem dúvida legítimo, mas deixando em segundo plano as garantias da jurisdição.

37. Ausente que seja o efeito lesivo da conduta do agente, vale dizer, sem lesividade ao patrimônio público, não se conforma o ato de improbidade administrativa, ou, em outras palavras, se não estiver presente lesão ao patrimônio público, por certo que de ato de improbidade administrativa não se irá realmente cogitar, sem embargo de que se possa estar diante de uma infração civil significativa ou de um ilícito administrativo punível ou até mesmo de um crime, mas não com a sanção própria do ato de improbidade.

38. É bem verdade, porém, que o art. 21, I da Lei no. 8.429/1992 dispõe que as sanções previstas nesta Lei independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, mas se esse dispositivo for tomado ao pé-da-letra se verá que a sanção de improbidade poderia ter aplicação ao agente que praticasse um ato simplesmente ilegal, desprovido de efeito prejudicante, ou seja, se puniria alguém pelo simples exercício do direito de punir.

39. Pelo raciocínio exposto, chegar-se-ia ao absurdo jurídico de dizer que o ato de improbidade que causa dano ao patrimônio público mereceria a mesma reprimenda da simples ilegalidade (sem lesão ao referido patrimônio) e também conduziria ao ilogismo jurídico de se dizer igualmente graves – ou graves em idêntica medida – atos ímprobos que provocam e que não provocam lesão ao patrimônio público; daí se poder concluir que a lesão ao patrimônio público é sempre indispensável à ocorrência de ato de improbidade, ou seja, é um elemento específico e necessário à sua existência.

40. No que respeita à antijuridicidade, este relevante componente do ato de improbidade administrativa diz respeito, sobretudo, à repulsa jurídica (e não apenas legal ou normativa) da conduta do agente, que – mesmo praticando o ato típico – pode eventualmente ter a antijuridicidade afastada, por força de circunstâncias excludentes, como por exemplo a ocorrência de coação irresistível, do estado de necessidade, do estrito cumprimento do dever legal ou do exercício regular de um direito, aplicando-se a mesma lógica do Direito Penal, como previsto nos arts. 22 e 23 do CPB.

41. No Direito Penal, essa questão da antijuridicidade (ou da ilicitude) sempre foi vista e analisada com extremada importância, pois tem o efeito de excluir o crime, mesmo quando o agente realiza a conduta que o perfaz; admitindo-se que as ideias penais infletem sobre todos os campos do Direito Sancionador, cabe repensar nos ensinamentos do Professor MIGUEL REALE JÚNIOR, dizendo que a lesão a um bem jurídico não deve ser analisada independentemente da forma como ela se deu; várias ações podem lesar o mesmo bem jurídico e, contudo, diferir tipicamente graças ao modo pelo qual são realizadas (Instituições de Direito Penal, São Paulo, Forense, 2009, p. 148).

42. A primeira e principal consequência dessa orientação jurídica é que o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal.

43. A Jurisprudência dos Tribunais do País, na verdade, contém copiosos exemplos de decisões judiciais que rejeitam a sanção penal nos chamados crimes de bagatela, isto é, nos casos em que o agente, mesmo realizando o tipo desenhado na lei sancionadora, atinge bem, direito ou interesse de exígua expressão.

44. O elemento culpabilidade, no interior do ato de improbidade, apurar-se-á sempre a título de dolo, embora o art. 10 da Lei no. 8.429/1992 aluda efetivamente à ocorrência de tal ato na forma culposa; parece certo que tal alusão tendeu apenas a fechar por completo a sancionabilidade das ações ímprobas dos agentes públicos, mas se mostra mesmo impossível qualquer das condutas descritas nas normas de imputação (arts. 9o., 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992) na qual não esteja presente o dolo.

45. Relembre-se que o dolo – vontade consciente de praticar a conduta típica ou essa vontade acompanhada da consciência da ilicitude – é um elemento central do conceito de ilícito-crime, de tal sorte que estando ele ausente não se trata de conduta típica, salvo se a lei a punir a título culposo (art. 18, parágrafo único do CPB).

46. Assim, pode-se concluir, de imediato, que eventuais ilegalidades formais ou materiais cometidas pelos Agentes Públicos não se convertem automaticamente em atos de improbidade administrativa, se delas não resultar enriquecimento ilícito do autor (art. 9º. da Lei no. 8.429/1992), dano ao erário (art. 10) ou ofensa aos princípios da administração pública (art. 11), requerendo-se que se identifique na sua prática a vontade deliberada e consciente de agir, ou seja, afasta-se sempre a possibilidade de improbidade meramente culposa.

47. A dificuldade maior está em identificar o dolo do agente nos casos do art. 11 da Lei no. 8.429/1992 – atentado contra os princípios da Administração Pública – porque se trata de situação extremamente ampla, ensejando a já tantas vezes condenada sanção de improbidade a quem praticou mera ilegalidade; em especial, a confusão entre improbidade e mera ilegalidade fica ainda mais suscetível quando se pretende tipificar a conduta no art. 11, por violação ao princípio da legalidade, tendo em vista a jurisprudência ascendente que define o dolo genérico na simples consciência da ilicitude.

48. A definição a respeito do dolo genérico que se tem criado, no entanto, é bastante rasa e tem levado a efeito hipóteses apenasmente ilegais ou irregulares em um enquadramento ímprobo, quando a Lei de Improbidade Administrativa, como todos sabemos, nasceu com a finalidade de combater e sancionar os agentes de atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública, ou seja, está intrinsecamente ligada ao conceito de corrupção, o que não se evidencia no presente caso.

49. O dolo, em Direito Penal (e portanto pertinente às improbidades, por se tratar de Direito Sancionador), relaciona-se sempre com um tipo legal e, por isso, é que se fala em dolo típico; esse mesmo dolo é o chamado genérico, sendo o requisito subjetivo geral exigido em todos os crimes dolosos: consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo.

50. Por outro lado, o dolo específico está naqueles tipos penais, chamados de incongruentes, em que, além dessa exigência (dolo genérico), há a necessidade de se ter uma intenção especial do agente, ou seja, um requisito subjetivo transcendental.

51. Não há, portanto, em se falar que o dolo genérico se perfaz com a presença apenas da consciência da ilicitude, como se vem admitindo,

no que toca ao art. 11, por violação do princípio da legalidade, haja vista que sua configuração depende tanto da consciência, como da vontade do agente, dispensando tão somente a intenção específica.

52. Assinale-se que essas limitações servem à finalidade de escoimar da prática administrativa a banalização das imputações vazias e para revelar a gravidade dessas mesmas imputações, que devem ser combatidas e intoleradas.

53. Evidente, portanto, que o acórdão recorrido se encontra em manifesto descompasso com a jurisprudência assente desta Corte Superior, a qual, reiteradamente, há tempos, vem decidindo no sentido da imprescindibilidade não só de que seja alegada a existência de dolo do agente, mas, sobretudo, nas hipóteses do art. 11, que seja o elemento subjetivo efetivamente demonstrado e comprovado, do mesmo modo quanto ao efetivo dano (emergente) ao Erário, ao menos a título de culpa, nos casos do art. 10 e da inquestionável comprovação do enriquecimento ilícito com *animus* doloso do agente quando se fala no art. 9o. do aludido diploma legal. Vejam-se:

Processual Civil e Administrativo. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade. Negativa de fornecimento, por parte de ex-prefeito municipal, de cópias de documentos da Administração à então vice-prefeita. Elemento subjetivo. Matéria fática. Súmula no. 7-STJ.

(...).

4. *É certo que a negativa em fornecer cópias de documentos públicos a outros agentes públicos e aos cidadãos em geral pode configurar ato de improbidade, porque o princípio da publicidade impõe plena transparência na prática dos atos administrativos. Entretanto, para que seja configurada a improbidade administrativa, é necessário demonstrar o intento de realmente violar o princípio acima, porque o art. 11 da Lei de Improbidade exige dolo para a sua incidência. Ou seja, deve-se evidenciar o intuito de manter encoberto o que devia ser público de forma deliberada.*

5. *“A jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei no. 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9o. e 11 - que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente - e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário” (REsp no. 414.697-RO, Rel.*

Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 25.5.2010, DJe 16.9.2010).

(...) (REsp no. 1.478.274-MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 31.3.2015).

Administrativo. Improbidade. Violação de princípios da administração pública. Imprescindibilidade do dolo genérico.

O retardamento ou omissão na prática de ato de ofício não pode ser considerado de maneira objetiva para fins de enquadramento do agente público no campo de incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. É preciso que a conduta seja orientada pelo dolo de violar os princípios da administração pública, o que não ficou demonstrado no caso concreto.

Agravos regimentais improvidos (AgRg no REsp no. 1.191.261-RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25.11.2011).

Administrativo. Ato de improbidade. Configuração.

1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora.

2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido (REsp no. 621.415-MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 30.5.2006).

Administrativo. Ação popular. Cabimento. Ilegalidade do ato administrativo. Lesividade ao patrimônio público. Comprovação do prejuízo. Necessidade.

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

3. *Embargos de divergência providos* (EREsp no. 260.821-SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. p/Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 13.2.2006).

Administrativo. Recurso Especial. Imputação de ato de improbidade administrativa. Imputação calcada no art. 10 da Lei no. 8.429/1992. Indispensável a comprovação do efetivo prejuízo ao erário. Precedentes STJ. Tribunal a quo que afirmou ausente a prova da ocorrência de dano ao erário ou de má-fé dos recorridos. Requisitos da tipicidade ímproba não demonstrados. Recurso Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao qual se nega provimento.

1. *Este colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu, reiteradamente, que nos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 da Lei no. 8.429/1992, é indispensável a demonstração de efetivo dano ao erário. Precedentes: REsp no. 1.233.502-MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 23.8.2012; REsp no. 1.206.741, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 23.5.2012.*

2. *In casu, o voto condutor do acórdão recorrido consignou não haver prova da ocorrência de dano ao erário ou de má-fé dos recorridos; assim, não restou demonstrado o preenchimento dos requisitos da tipicidade ímproba.*

3. *Parecer do MPF pelo não conhecimento do Recurso Especial.*

4. *Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS ao qual se nega provimento* (REsp no. 1.173.677-MG, de minha relatoria, DJe 30.8.2013).

Administrativo. Improbidade administrativa. Lei no. 8.429/1992. Art. 10. Não caracterização de efetivo prejuízo ao erário. Ausência de fato típico. Recurso improvido.

- *O STJ entende que, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei no. 8.429/1992, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa (elemento subjetivo).*

- *Não caracterizado o efetivo prejuízo ao erário, ausente o próprio fato típico.*

Recurso conhecido e improvido (REsp no. 1.233.502-MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 23.8.2012).

54. Com efeito, os recursos merecem provimento com base nas alegações de não comprovação dos requisitos objetivo (ocorrência de

prejuízo ao erário) e subjetivo (ausência de demonstração do dolo do agente) necessários para a configuração do ato de improbidade administrativa.

55. Cumpre ressaltar também que, em nenhum momento, houve reapreciação do acervo fático-probatório dos autos, mas sim a constatação de que os fatos registrados pelas instâncias de origem não comprovam inequivocamente o dolo, o dano e o enriquecimento ilícito referentes aos recorrentes.

56. Assim, com base nessas considerações, dá-se provimento aos Recursos Especiais de CESAR EPITÁCIO MAIA e STUDIO G. CONSTRUTORA LTDA para afastar suas condenações por improbidade administrativa.

57. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região): — Senhor Presidente, o voto do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na minha avaliação, examinou com proficiência toda a matéria em discussão, mas me permito adicionar algumas considerações em face da grandeza cultural e legal do tema.

Ao que parece, há um certo modismo na utilização do conceito de Estado laico. O Estado é laico no sentido de que não pode ter uma religião oficial, como acontecia no Império; não pode ter um credo de Estado.

Como diz a Constituição, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estabelecer cultos religiosos ou igrejas ou subvencioná-los (art. 19,I). Afinal, todos cidadãos têm ou não têm suas crenças e todas estão sob a proteção do Estado; todos integram o corpo estatal, não podendo haver predileção de nenhuma forma nesse ponto.

Mas, se bem examinarmos, o Estado é uma abstração. Sem as pessoas, a figura do Estado é uma quimera. Não existe Estado sem as pessoas. Os próprios governantes são pessoas e têm naturalmente a sua carga cultural. Verdadeiramente, o Estado somos nós, são as pessoas, são os cidadãos, pessoas que têm valores, têm crenças, têm credences, têm

visões de mundo, laicas e/ou religiosas. Chega-se a falar, por isso, num laicismo positivo.

Toda essa riqueza cultural e filosófica faz parte do imaginário das pessoas, não podendo ser esquecida quando se fala em Estado laico, cujo conceito não pode ser levado em sentido literal. O Estado é laico; as pessoas, os cidadãos, nem sempre.

Isso leva a que se deva evitar a interpretação do recorrido, adotada pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, com a devida vênia, de certo modo empobrece a idéia de Estado laico, como se fora o oposto e o adversário da tradição cultural-religiosa das pessoas.

O Estado não pode ter religião nem subvencionar igrejas, como tais, diretamente, com esse elemento subjetivo, o que é diferente do fato tratado neste processo, no qual o recorrente agiu em função do pleito da comunidade multicultural, com base em orçamento próprio e ancorado em parecer da sua área técnica.

A cultura brasileira, não só a brasileira, a cultura ocidental, é tributária da tradição cultural-religiosa judaico-cristã. É impossível separar a cultura ocidental da tradição judaico-cristã.

Afirma-se mesmo que cultura da Europa (e de todo o ocidente) nasceu do encontro entre Jerusalém, Atenas e Roma, do encontro entre a fé no Deus de Israel, a razão filosófica dos gregos e o pensamento jurídico de Roma. A laicidade do Estado, portanto, não impede que se reconheça – isso foi dito pelo Desembargador vencido lá no Rio de Janeiro – a importância sócio-cultural das religiões.

Ademais, e aqui já em um plano puramente jurídico, e isso ficou muito claro no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o recorrente atuou de uma forma assentada em pronunciamentos institucionais, no orçamento, e em pareceres técnicos, o que, pelos padrões dos julgados da Turma, elimina o dolo genérico, indispensável para a improbidade com base no art. 11 da Lei no. 8.429/1992.

Mesmo que se abstraia a questão cultural, que avulta no recurso, como se viu das duas sustentações orais, e bem cuidada no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e se considere o viés puramente jurídico em termos da lei de improbidade, ainda assim não medra o

dolo genérico que esta Corte exige para que se caracterize um ato de improbidade pela moldura do art. 11.

Senhor Presidente, com essas considerações muito singelas e perfeitamente dispensáveis diante da grandeza do voto do Relator, o meu voto é para acompanhá-lo, dando provimento aos recursos especiais.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.558.038-PE (2015/0014110-8)

Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Alexandre Jorge Mendes de Oliveira

Advogado: Bruno de Albuquerque Baptista

Recorrido: Cláudio José Pinto Vilaca Lima

Advogados: Laércio Ribeiro de Souza Neto

Levi de Siqueira Campos Moura

Recorrido: Jurandir Lino Ribeiro Júnior

Advogado: Thiago Reinaux Fonseca de Melo

Interes.: Agamenon Gonçalves de Lima

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Ação civil pública. Alegação do MPF de que a conduta de policiais da PRF enseja as sanções previstas na Lei no. 8.429/1992 (Improbidade Administrativa). Constata-se o não cabimento da ação civil pública, pois a conduta, em tese, estaria sob a incidência da Lei no. 4.898/1965 (Abuso de Autoridade), por se tratar de ofensa praticada por servidor contra particular que não estava em exercício de função pública, nem recebeu repasses financeiros do Estado para esse fim. Ausência de lesão aos cofres públicos e enriquecimento ilícito. Recurso Especial do MPF conhecido e desprovido.

1. O conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do Direito Sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição.

2. A conduta dos Servidores da PRF poderia, em tese, ser analisada sob o signo do abuso de autoridade, que já faz parte de um numeroso rol de instrumentos de controle finalístico da Administração Pública, sendo certo que a Lei no. 8.429/1992, conquanto um microsistema do Direito Sancionador, é precipuamente destinado à defesa da probidade do Agente Público tendo como referência o patrimônio público (bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade), não se aplicando ao caso concreto, em que pretendo sujeito passivo da ofensa experimentada é o particular que não está em exercício de função estatal, nem recebeu repasses financeiros para esse múnus.

3. Somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de Servidores Públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos inocorrentes neste caso.

4. Recurso Especial do MPF conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 9.11.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se Recurso Especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL com fundamento na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição Federal, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5a. Região, assim ementado:

Administrativo. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Conduta que ocorreu entre policiais, rodoviários federais (agentes públicos) e particulares, que não participaram da conduta nem dela se beneficiaram. Não enquadramento no art. 1o. da Lei no. 8.429/1992. Não configuração de ato ímprobo. Incabimento de ação de improbidade administrativa. Apelação não provida.

1. Apelação interposta em face -de sentença proferida pelo Juízo da 7a. Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa no. 0014380-66.2009.4.05.8300, que julgou improcedente a pretensão autoral, ao considerar que os atos praticados pelos réus conquanto dignos de censura, não caracterizam atos de improbidade administrativa.

2. Os réus, no exercício da função, fizeram uso de arma de grosso calibre com o fim de intimidar um casal.que estava fotografando possíveis irregularidades do posto rodoviário.

3. A despeito de as condutas dos apelados serem passíveis de desaprovação, o caso não se trata de ato de,improbidade. Os sujeitos diretamente atingidos são dois particulares, que, em momento algum, -exerciam qualquer função ligada à Administração Pública.

4. Ante a ausência de tipificação da conduta como ímproba, por não enquadramento no art. 1o. da Lei no. 8.429/1992, não se configura hipótese de cabimento de ação de improbidade,

5. Apelação não provida (fls. 1.284-1.285).

2. Nas razões de seu Apelo Especial, alegou a parte recorrente violação dos arts. 1o., 11 e 12, III da Lei no. 8.429/1992, aos seguintes argumentos:

(a) o MPF possui legitimidade para recorrer quando oficiou como fiscal da lei;

(b) os recorridos, Policiais Rodoviários Federais, extrapolaram seus deveres funcionais ao realizar abordagem policial de forma truculenta e ingressaram no domicílio de particulares sem autorização judicial; e

(c) os recorridos agiram com má-fé, violando os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

3. Com contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem (fl. 1.397).

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do douto Subprocurador-Geral da República MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, opinou pelo *provimento do recurso*.

5. Registre-se que, em vista do relevo da matéria, determinei a conversão do Agravo em Recurso Especial, para julgamento Colegiado.

6. Era o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Dessume-se dos autos que o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou, em 2009, Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa em desfavor de AGAMENON GONÇALVES DE LIMA (falecido), ALEXANDRE JORGE MENDES DE OLIVEIRA, JURANDIR RIBEIRO JÚNIOR e de CLÁUDIO JOSÉ PINTO VILAÇA.

2. Na petição inicial, narra o *Parquet* que, em 29.8.2005, próximo ao Posto da Polícia Rodoviária Federal no Município de Ribeirão-PE, os policiais acionados abordaram de forma truculenta e imotivada CASSANDRA VICENTE E SILVA e ANANIAS LINS DE ANDRADE, os quais tiravam fotos de supostas irregularidades praticadas no referido posto.

3. Alegou que os réus, avisados pelo zelador, dirigiram-se armados ao local em que estava CASSANDRA, a qual, em dias anteriores, fora autuada pelo réu AGAMENON pelo não uso de cinto de segurança e que os policiais, sem prestar explicações, procederam à busca pessoal no referido casal, devassando o conteúdo da bolsa de CASSANDRA. Narrou que, na ocasião, o policial AGAMENON arrebatou de ANANIAS a máquina fotográfica, retirou-lhe o filme e deu voz de prisão ao casal, logo

que chegaram ao posto policial. Aduziu que as fotos foram reveladas e devolvidas a CASSANDRA somente as que não retratavam cenas do posto.

4. Ao fim, por entender que os réus agiram em ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade, incorrendo em ato de improbidade administrativa, razão pela qual deveriam ser condenados às sanções previstas no art. 12, III da Lei no. 8.429/1992.

5. Em sentença, o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que *a ocorrência de improbidade administrativa pressupõe obrigatoriamente uma lesão direta à própria Administração e não a terceiros, haja vista que o bem jurídico que se deseja proteger é a probidade na Administração Pública* (fls. 1.193). A sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5a. Região.

6. Pois bem. Ao mérito do Recurso Especial.

7. Cinge-se a controvérsia em saber se as sanções da Lei no. 8.429/1992 são aplicáveis ao Agente Público quando o ofendido é o particular que não está em exercício de função pública.

8. Inicialmente, sabe-se que o Estado Liberal, afluyente político da evolução das ideias iluministas e do racionalismo científico, tinha como mote a interferência mínima na propriedade e na liberdade dos indivíduos, valores esses considerados inegociáveis. A função do Estado - expressão que só tomou os contornos modernos com a Paz de Westphalia de 1648 (*cujus regio, eius religio*) - era permitir o desenvolvimento em todas as searas - individual, econômica, cultural, religiosa - a partir da garantia da ordem, da paz e da segurança sociais.

9. A perspectiva ideológica era sempre a total oposição ao Absolutismo (Antigo Regime), fruto do poder divino dos reis, em que obrigação ou responsabilidade alguma era proclamada do Estado frente ao indivíduo.

10. Não é à toa que, nesse contexto, um dos próceres do liberalismo, JOHN LOCKE, propugnava a divisão de poderes e funções estatais, certamente uma forma desvelada de proteção do cidadão diante do arbítrio estatal, dado o excesso de poderes que sempre esteve ao alcance do Príncipe ou Déspota. Aí está, naturalmente, a gênese da noção própria de controle da atividade estatal.

11. Historicamente, há uma evolução de muitos países ao Estado Social, destinado a corrigir as distorções que a mão invisível do liberalismo econômico causou, pois, ao contrário do que se observava ao tempo do Estado Liberal, quando era escassa a intervenção pública na Sociedade, a realidade social e econômica passou a ser havida como objeto sobre o qual devia incidir a ação transformadora do Poder Público, tendo em vista o atingimento de finalidades havidas como desejáveis.

12. Mas o que se observou foi a extensa dificuldade de conciliação de atendimento de demandas sociais pelos Estados modernos com a noção de acumulação capitalista, o que desembocou na crise fiscal do Estado.

13. A justa medida se deu a partir de um conceito de Regulação e Controle do Estado em todas as vertentes. Passou-se à crença, num contexto neoliberal, que a eficiência do Estado se daria por meio da regulação das atividades sócio-econômicas, neles incluídos o controle da própria atividade estatal. A referência é a coletividade como cliente e destinatária de prestação eficientes serviços públicos num Estado Democrático de Direito.

14. Daí é que a constante avaliação das atividades da Administração Pública, sobretudo de seus agentes, ganha notória força. Com o advento do Estado Regulador e Gerencial, sem dúvida alguma, avultaram as formas de controle finalístico da Administração Pública.

15. Como nunca antes visto, propalou-se que a Administração Pública, em todas as suas manifestações, deveria atuar com legitimidade; é dizer, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivos. A conduta do Agente Público há de ser legítima, ainda que nos atos discricionários, conforme as balizas franqueadas pela lei e as exigências do bem comum. Ofendendo as normas legais, arredando-se dos princípios básicos da Administração, usurpando competência, ou se desviando da finalidade pública, o agente contamina o ato e o expõe à anulação pela Administração ou pelo Judiciário.

16. Assim sendo, para quem bem funcione, as atividades estatais, sejam as direcionadas ao público, sejam aquelas efetivadas na intimidade de seus órgãos, passam a ser alvo de regulação - estando em especial foco a conduta dos Agentes Públicos.

17. Nas lições do Professor e Ministro do TCU BENJAMIN ZYMLER, acerca do tema da regulação:

Agindo direta ou indiretamente, o natural agigantamento do Estado-Regulador traz, inequivocamente, uma profusão de normas substantivas, as quais servirão para normalizar as diferentes realidades atingidas pela ação estatal.

(...).

Ocorre que a profusão de normas materiais, como tudo, possui limites. A capacidade regulatória do direito não pode ser tida como absoluta.

(...).

Surge, então, um dilema para o novo Estado Social. Ao mesmo tempo em que necessita regulamentar os subsistemas sociais com vistas à disponibilização dos direitos sociais que lhe dão identidade, depara-se com uma sobrecarga de produção normativa, que não mais alcança os resultados prognosticados pelo legislador ou pelos órgãos regulamentadores (Direito Administrativo e Controle, Editora Fórum, 2012, p. 26-27)

18. É nesse estado da arte que sobrevém, por exemplo, a Lei no. 8.429/1992, destinada a preservar o valor da probidade na gestão da coisa pública, por meio do combate ao enriquecimento ilícito de Agentes Públicos, o dano ao Erário e a violação aos princípios nucleares da Administração Pública.

19. Com a alvissareira plethora de mecanismos de controle da Administração Pública num contexto de um Estado moderno altamente devotado a eficientes resultados, bem como diante de tantas normas que exsurtem com esse afã, o aplicador do Direito passar a se indagar, em certas circunstâncias, qual seria a norma incidente no caso concreto?

20. Diante da extroversão de órgãos como os Tribunais de Contas, as Controladorias, o Ministério Público, as Corregedorias Internas de Órgãos Públicos, os Conselhos Superiores e as Agências Reguladoras, em todos os Entes Federados, um ato de um agente a serviço do Estado que desvie da finalidade pública receberá a reprimenda de que lei e quem (qual autoridade) deve iniciar e conduzir o procedimento que culminará na correspondente sanção?

21. Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, sobre o panorama do controle da administração pública:

A Administração Pública, direta ou indireta, assujeita-se a controles internos e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração.

Assumida esta codificação terminológica, cumpriria ressaltar que, em relação às entidades da Administração indireta (sem prejuízo dos controles externos), haveria um duplo controle interno: aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe compõem a intimidade e aos quais assiste esta função, e aquele outro procedido pela Administração direta. A este último talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto rebarbativa ou paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior.

Cumpra consignar que qualquer pessoa pode suscitar o controle da Administração para que seja sancionado o agente que haja incidido em abuso de autoridade. Tal possibilidade está contemplada na importantíssima, mas, infelizmente, quase ignorada. Lei no. 4.898, de 9.12.1965, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Para fazê-lo, o interessado procederá mediante petição dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção elou ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo crime contra a autoridade culpada (art. 2o.). Para os efeitos desta lei, considera-se autoridade quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitariamente e sem remuneração (art. 5o.).

De transcendente importância é a Lei no. 8.429, de 2.6.1992, a qual arrola uma cópia de comportamentos qualificados como de improbidade administrativa, cuja prática assujeita o agente, de fora parte sanções penais, civis ou administrativas, contempladas na legislação competente, a uma série de consequências gravosas, previstas em seu art. 12, tais as de: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil e proibição, por tempo determinado, 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. Qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação

destinada à apuração de tais ilícitos, sem prejuízo de representar também ao Ministério Público (arts. 14 e 22) (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, p. 957-958).

22. Note-se que o culto Professor não esclarece diferenças na incidência das normas atinentes ao abuso de autoridade e à improbidade administrativa, mas apenas atesta a existência de importantes instrumentos de controle da Administração Pública.

23. As dificuldades na materialização do Estado Regulador - e gravemente Sancionador - se iniciam no fato de que a probidade deve ser atributo de toda a atuação do Agente Público, o que poderia suscitar o equívoco interpretativo de que qualquer falta por ele praticada, por si só, representaria quebra da probidade e, com isso, o sujeitaria às sanções dessa lei regente.

24. Também resultam em dúvida de incidência normativa a circunstância de que, regra geral, sanções civis, administrativas e penais são independentes e de que o Ministério Público é órgão legitimado para acolher representações e, daí adiante, tomar as providências para que o agente seja punido, tanto na norma referente ao ato ímprobo quanto na referente ao abuso de autoridade.

25. Nessa esteira de raciocínio, como todo proceder de um Agente Público deve estar pautado nos limites que a lei prescreve, a inobservância das raias legais de atuação implicaria abuso de autoridade. Então, toda falta, em tese, poderia dar margem a caracterizar, *incontinenti*, ato de improbidade e de abuso de autoridade. E nem se falou na punição interna do órgão de origem do agente. Se isso fosse verdade, seria uma apagógica *reductio ad absurdum*.

26. A multinormatização, característica do Estado Regulador contemporâneo, sobre atos de Agente Público poderia dar ensejo a um excesso do Direito Sancionador? A meu sentir, sim.

27. O conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do Direito Sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenha sido contempladas no momento da sua definição; como muito bem observa a Professora Ministra REGINA

HELENA COSTA, *é preciso remarcar que a maneira que o homem tem de se apropriar da realidade, organizando seus raciocínios sobre os fatos e as coisas que o rodeiam, é, basicamente, estabelecendo conceitos e tipos, categorias com distintos graus de generalidades e abstração* (Praticabilidade e Justiça Tributária, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 32).

28. Conforme os ensinamentos do mestre HELY LOPES MEIRELLES,

A Lei no. 8.429/1992 disciplina exaustivamente a questão da improbidade administrativa. Os arts. 1o. a 8o. regulam as disposições gerais, definindo o escopo da incidência da norma. Importante ressaltar desde logo, porém, a amplitude da incidência da lei, cobrindo os atos de improbidade praticados por qualquer agente público contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou ainda contra empresa incorporada ao patrimônio público ou para cuja criação ou custeio haja concorrido ou concorra, como disciplinam o art. 1o. e seu parágrafo único (Mandado de Segurança, Malheiros, 2007, p. 196-197).

29. Considerando o inelástico conceito de improbidade, vê que o referencial é o ato do Agente Público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar.

30. Somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos inocorrentes neste caso.

31. No caso em espeque, o Ministério Público Federal pretendeu a punição de policiais da PRF em Ribeirão-PE pela prática de atos em que figurou como ofendida pessoa física que não estava em exercício de qualquer função pública na ocasião. Nem houve conduta, mesmo em tese, que possa se classificar como danosa ao Erário ou que causasse enriquecimento ilícito ao Servidor.

32. Sem pretender realizar um transversal enquadramento legal, mas apenas descortinar uma correta exegese, verifica-se que a previsão da Lei no. 4.898/1965, segundo o qual constitui abuso de autoridade o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando

praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal (art. 4o., alínea *h*), está muito mais próxima do caso concreto, por regular o direito de representação do cidadão frente a autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos (art. 1o.), afastando-se o âmbito de incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

33. De fato, entende-se que a conduta dos policiais poderia, em tese, ser analisada sob o signo do abuso de autoridade, que já faz parte de um numeroso rol de instrumentos de controle finalístico da Administração Pública, sendo certo que a Lei no. 8.429/1992, conquanto um microsistema do Direito Sancionador, é precipuamente destinado à defesa da probidade do Agente Público tendo como referência o patrimônio público (bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade), não se aplicando ao caso em que pretense sujeito passivo da ofensa experimentada é o particular que não está em exercício de função estatal, nem recebeu repasses financeiros do Estado para esse *mínus*.

34. Diante dessas considerações, em que pesem os doutos argumentos do *Parquet*, não há, no acórdão recorrido, violação a texto de lei federal pelo afastamento da aplicação da Lei no. 8.429/1992 à conduta dos policiais no caso em tela, devendo o aresto ser integralmente mantido.

35. É como voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.564.682-RO (2014/0013114-4)

Relator: Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador
convocado do TRF 1a. Região)

Recorrente: José Luiz Lenzi

Advogado: Melillo Dinis do Nascimento

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Manuel Jasmim Correia Barros e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia

Interes.: Centrais Elétricas de Rondônia SA CERON

EMENTA

Recurso especial. Improbidade administrativa. Art. 12 da Lei no. 8.429/1992. Condenação ao ressarcimento do dano e a perda da função pública. Execução do julgado. Cassação de aposentadoria. Exorbitância do título exequendo. Ilegalidade. Provimento do recurso especial.

1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão, em execução de sentença de ação de improbidade administrativa, que deferiu o pedido de cassação de aposentadoria. A sentença impusera ao recorrente, em razão de improbidade no exercício do cargo de Diretor Financeiro da Centrais Elétricas de Rondônia – CERON, o ressarcimento integral do dano (R\$ 23.500,00) e a perda da função pública que estivesse exercendo quando do trânsito em julgado.

2. Na execução, como não mais ocupasse cargo público, procedeu-se à cassação da aposentadoria no cargo de Procurador Jurídico da Assembléia Legislativa-RO, diverso daquele em cujo exercício perpetrara a improbidade, e que não mais ocupava ao tempo da execução (Diretor Financeiro da CERON), em exorbitância, portanto, do comando sentencial.

3. O art. 12 da Lei no. 8.429/1992, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a cassação de aposentadoria, mas tão só a perda da função pública. As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva.

4. *O direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime contributivo, e sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada.* (SJ – 2a. Turma - REsp no. 1.186.123-SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIM).

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) (apenas por dois fundamentos) e Regina Helena Costa (por outros fundamentos) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Melillo Dinis do Nascimento, pela parte recorrente: José Luiz Lenzi.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região), Relator

DJe 14.12.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região): — A decisão monocrática da Ministra Marga Tessler (Desembargadora convocada do TRF-4a. Região), foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de José Luiz Lenzi interposto em face de decisão que inadmitiu recurso especial manifestado com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

Administrativo e Constitucional. Servidor. Condenação por improbidade administrativa. Perda do Cargo. Cassação da Aposentadoria. Possibilidade. Violação à coisa julgada. Não ocorrência. Precedentes do STJ.

A cassação da aposentadoria de servidor público condenado pela prática de improbidade administrativa não viola a coisa julgada e tampouco ofende princípios da dignidade humana, isso porque, as ações civil públicas contém conteúdo declaratório, o que lhes dá efeitos ex tunc, visto que a declaração da improbidade retroage à data de sua ocorrência, razão pela qual, suas sanções possuem o mesmo efeito.

Tornando-se, portanto, plenamente possível a cassação de aposentadoria de servidor que se aposenta no decorrer de ação civil pública, antes da execução do julgado. Precedentes do STJ (fl. 400).

Nas razões do especial a parte recorrente aponta ofensa ao art. 171, I, da Lei Complementar Estadual no. 68/92, sustentando que para o decreto da cassação de aposentadoria seria necessário que o servidor tivesse praticado infração punível com a demissão.

Aduz violação aos arts. 12 da Lei no. 8.429/1992, 293, 468 e 472 do Código de Processo Civil, pela extrapolação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, porquanto a condenação teve como base o art. 12, I, II e III, da Lei no. 8.429/1992 e determinou a perda da função pública que estivesse exercendo no momento do trânsito em julgado da condenação (fl. 429).

Alega que não poderia sofrer essa sanção porque não exerce cargo público no momento e nem no dia em que a condenação alcançou efeito de coisa julgada material (fl. 1.094) exatamente no dia 22 de novembro de 2010. Pondera que a responsabilidade dos administradores de Sociedade de Economia Mista, que tem regime próprio, está prevista nos arts. 143 e 158 da Lei no. 6.404/1976. Requer, o provimento do recurso, ao argumento de que não poderia sofrer sanção mais grave e pugna pela improcedência da decretação da cassação de aposentadoria na forma aplicada, com o que se estará aplicando a verdadeira e cristalina justiça (fls. 419-440).

O recurso especial teve seguimento negado com fundamento nas Súmulas no. 282 do STF e no. 83 do STJ (fls. 520-523).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo (fls. 583-588).

É o relatório. Decido.

Na origem, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo recorrente, contra decisão que deferiu o pedido de cassação de sua aposentadoria, na fase de execução de título judicial transitado em julgado, oriundo de ação civil pública, ao qual foi condenado com a perda do cargo de Procurador Jurídico da Assembleia Legislativa Estadual, pela prática de ato de improbidade administrativa.

O Tribunal a quo manteve a decisão agravada à base da seguinte fundamentação:

José Luiz Lenzi foi condenado em ação civil pública por prática de improbidade administrativa, inclusive com perda do cargo de procurador Jurídico da Assembléia Legislativa estadual, cuja decisão transitou em julgado, passando o parquet estadual a promover a execução do julgado.

Ocorre que, nesse interim, o ora agravante aposentou-se, o que levou o Ministério Público a promover o pedido da perda da aposentadoria no processo de execução, ao argumento de que a coisa julgada tem efeito ex tunc a ponto de ser retroativa ao período de atividade do recorrente, razão pela qual possível a perda da aposentadoria.

A magistrada de primeiro grau deferiu decretando a perda da aposentadoria.

Inconformado, executado agravou por instrumento sustentando a impossibilidade da decretação da perda do benefício, taxando, inclusive, a decisão de inconstitucional.

(...)

Em síntese, pode-se dizer que a controvérsia do recurso reside na possibilidade ou não da cassação da aposentadoria, quando houve, na coisa julgada, a perda do cargo por prática de improbidade administrativa.

(...)

O agravante aduz que a decisão afronta o disposto no art. 171, I, da LC no. 68/92, na medida em que a sua condenação por improbidade administrativa se deu por atos praticados enquanto respondia na condição de Diretor Financeiro da CERON, ao passo que sua aposentadoria deu-se por exercício do cargo de procurador Jurídica da Assembléia Legislativa estadual.

Primeiramente, é preciso analisar a seguinte questão hipotética: se estivesse ainda em atividade, o agravante poderia ser demitido do cargo de Procurador Jurídico da ALE/RO, conquanto esteja sendo julgado por sua atuação como Diretor Financeiro da CERON?

O TJRO tem entendimento já sedimentado no sentido que sim, uma vez que “a perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exigiu inidoneidade moral e desvio ético para o exercício da função pública abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível”

(...)

Portanto se o recorrente estivesse em atividade perderia seu cargo de Procurador Jurídico da ALE/RO.

Superada essa questão analiso a segunda premissa: é possível a conversão da penas de decretação da perda da função pública em cassação de aposentadoria?

Mais uma vez, encontramos a resposta em precedentes, agora do STJ, no sentido de ser possível desde que observado o devido processo legal e os princípios do contraditório e ampla defesa ao servidor.

(...)

Assim, não há de se falar em violação à coisa julgada, aos arts. 467, 468 e 474 do CPC, art. 6o., §§ 1o. e 3o. da LICC a própria jurisprudência do STJ.

Nesta perspectiva, é inegável que a questão se encontra pacífica no STJ a ponto de legitimar tanto a decisão de primeiro grau quanto a decisão monocrática agravada.

Ademais, a vigorar a tese do recorrente ocorreria a situação de que um simples Processo Administrativo, teria maior valor que uma ação de improbidade com resultado transitado em julgado (fls. 400-415). Grifei.

A Lei no. 8.429/1992 não comina a pena de cassação de aposentadoria, de forma expressa, pela prática de atos de improbidade, mas somente a perda da função pública. Eis o teor do art. 12 da referida lei, in verbis:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei no. 12.120, de 2009).

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente 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, pelo prazo de três anos. Grifei.

Com efeito, a ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa, conforme apontado pelo douto representante do Ministério Público Federal nesta instância (fls. 598-600) e pelos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, não impede que ela seja realizada como consectário lógico da decretação da perda do cargo público pela prática de atos de improbidade administrativa, pelo agente público, no exercício de cargo público antes da sua aposentadoria. Vejam-se:

Administrativo. Mandado de segurança. Improbidade administrativa. Cassação de aposentadoria. Ausência de direito líquido e certo.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Eraldo de Araújo Sobral contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social, consubstanciado na Portaria no. 330/2013, que cassou sua aposentadoria em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, nos autos de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa.

2. A Lei no. 8.429/1992 não comina, expressamente, a pena de cassação de aposentadoria a agente público condenado pela prática de atos de improbidade em sentença transitada em julgado. Todavia, é consequência lógica da condenação à pena de demissão pela conduta ímproba infligir a cassação de aposentadoria a servidor aposentado no curso de Ação de Improbidade.

3. O art. 134 da Lei no. 8.112/1990 determina a cassação da aposentadoria do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

4. Segurança denegada (MS no. 20.444-DF, Relator o Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe de 11.3.2014). Grifei.

Constitucional. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Demissão por ato de improbidade. Aposentadoria no cargo de Comissário da Polícia Civil estadual. Impossibilidade. Ausência de vínculo com aquele órgão. Art. 40, caput, da CF/1988. Benefício assegurado apenas aos titulares de cargo público.

1. O recorrente impugna acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual denegou o mandado de segurança impetrado na origem, com vistas à obtenção do benefício da aposentadoria por tempo de serviço no cargo de Comissário da Polícia Civil estadual.

2. Tanto a doutrina como a jurisprudência admitem que é possível a cassação da aposentadoria de servidor público quando, em regular processo administrativo, for comprovado a prática de ato de improbidade na atividade passível de demissão.

3. Na espécie, não se discute a cassação, mas situação similar, consistente no indeferimento do pedido de aposentadoria, em decorrência de atos de improbidade imputados ao impetrante, que culminaram com a pena de demissão do cargo no serviço público.

4. Nesse contexto, não há amparo legal a resguardar o pedido do recorrente, posto que o art. 40, caput, da Constituição Federal de 1988 assegura o regime de previdência ao servidor público titular de cargo efetivo.

5. Deveras, com a demissão, o servidor perdeu a titularidade do cargo efetivo, sendo descabido o pleito quanto à aposentação no serviço público, por não mais integrar o quadro de pessoal da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS no. 33.069-SC, Relator o Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 30.8.2011). Grifei.

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Cassação de aposentadoria por recebimento de propina, improbidade administrativa e dilapidação do patrimônio nacional. Prescrição da pretensão punitiva. Não-ocorrência. Processo administrativo disciplinar. Observância do prazo de 140 dias para conclusão. Independência da esfera administrativa. Aplicação da Súmula Vinculante no. 5-STF. Legalidade da pena administrativa de demissão. Precedentes.

1. De acordo com jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, o prazo legal para término do processo administrativo disciplinar é de 140 (cento e quarenta) dias.

2. Reiniciada a contagem do prazo prescricional após 140 dias da sua interrupção (art. 142, § 3o., da Lei no. 8.112/1990),

afasta-se a ocorrência de prescrição se, no momento da aplicação da pena de cassação de aposentaria, ainda não tiverem transcorrido cinco anos daquele marco temporal.

3. Exige-se prévia condenação criminal transitada em julgado para demissão ou cassação de aposentadoria de servidor apenas na hipótese de crime contra a administração pública (artigos 132, I, e 134, da Lei no. 8.112/1990).

4. Tendo sido oportunizada no processo administrativo disciplinar a participação do servidor quando dos depoimentos das testemunhas, que optou por não ser representado por advogado no momento da oitiva das testemunhas, não há falar em ocorrência de nulidade ante a falta de nomeação de defensor dativo pela Administração.

5. Observância, na espécie, de devida motivação do ato de demissão do servidor público, que apontou provas suficientes da prática de infrações previstas na lei.

6. Segurança denegada (MS no. 9.973-DF, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, DJe de 7.5.2009). Grifei.

Na espécie, o Tribunal de origem entendeu que a aposentadoria no cargo de Procurador Jurídico da Assembléia Legislativa Estadual ocorreu no interregno entre o ajuizamento da ação civil pública e a execução da sentença que condenou o recorrente à perda da função pública de Procurador Jurídico da Assembléia Legislativa Estadual.

Nessa linha, o acórdão recorrido está em sintonia com recente entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça nos precedentes acima citados.

Bem por isso, a decisão que negou seguimento ao recurso especial teve como fundamento a Súmula no. 83 do STJ, a saber: “Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Referido enunciado tem sido aplicado também ao recurso especial interposto pela alínea a do permissivo constitucional.

Por fim, observa-se, quanto à alegada contrariedade aos arts. 293, 468 e 475 do Código de Processo Civil, que o tema inserto nas referidas normas não foi debatido pelo tribunal de origem, incidindo ao ponto a Súmula no. 282 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Nos pontos mais importantes à sua compreensão, assim vêm postos os fundamentos do recurso especial:

Houve negativa de vigência dos arts. 293, 468, 472 do CPC, pela extrapolação dos limites de seus efeitos objetivos e subjetivos e reflexos da coisa julgada”.

O art. 468 tem comando claro dispondo que a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Complementa-o o art. 472 da mesma lei, ao dispor que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dado, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

O pedido formulado e que estabilizou a lide (fl. 37) postulava que fossem “condenados todos os réus às sanções de que fala o art. 12, II, da Lei no. 8.429/1992, notadamente perda da função pública que estiveres exercendo quando do trânsito em julgado da condenação” (sic).

A sentença monocrática em seu dispositivo, determinou que, em relação ao agravante, ocorresse “a perda da função pública que estiver exercendo ao trânsito em julgado desta decisão”.

(...)

Provado que o Recorrente não ocupa cargo e nem exerce função pública na data do trânsito em julgado do v. Acórdão que se deu em 22 de novembro de 2010, mas, anteriormente, ocupou cargo do qual está aposentado desde o ano de 2003, a decisão extrapolou o comando da sentença e é nula de pleno direito.

Se o agravante está aposentado do cargo público que exerceu desde o ano de 2003, não poderia a eminente Magistrada que preside os autos alterar, na fase de execução, o comando da r. Sentença e determinar a “cassação de sua aposentadoria”.

(...)

O artigo 12 estabelece as penas nos incisos I, II e III e diz respeito genericamente que a condenação implica em “perda da função pública”

A função pública, que se apresenta viável a perda, era no ente descentralizado onde ocorreram os fatos.

Não há condenação expressa na perda de aposentadoria.

(...)

Diante do exposto, requer-se que o recurso seja conhecido e provido para de decretar a integral reforma do acórdão de fls. 336-351, ora atacado, tornando totalmente improcedente a decretação da cassação de sua aposentadoria, na forma aplicada, com o que se estará aplicando a verdadeira e cristalina Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a. Região) (Relator): — Na origem, trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução de sentença oriunda de ação de improbidade administrativa por ato praticado pelo recorrente, na condição de Diretor Financeiro da Centrais Elétricas de Rondônia – CERON, que o condenou ao ressarcimento integral do dano, de R\$ 23.500,00, e à perda da função pública que estivesse exercendo quando do trânsito em julgado, deferiu o pedido de cassação de aposentadoria no cargo de Procurador Jurídico da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia.

A decisão monocrática manteve o acórdão do Tribunal de origem, que confirmou a cassação da aposentadoria no cargo de Procurador Jurídico da Assembléia Legislativa Estadual, tendo em vista que o recorrente não mais ocupava, ao tempo da execução, o cargo de Diretor da CERON, em cujo exercício foram perpetrados os atos considerados ímprobos.

O recurso está a merecer provimento (art. 105, III, *a* – CF). O art. 12 da Lei no. 8.429/1992, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a hipótese de cassação de aposentadoria, menos ainda em cargo diverso do utilizado pelo agente para praticar a improbidade administrativa.

Prevê, sim, a perda da perda da função pública, que deve ser entendida como aquela da qual se utilizada o agente para a prática do ato de improbidade (princípio da causalidade).

Embora a expressão função pública, em sentido estrito (residual) seja *o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego*

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, atlas, 28a. Edição, p. 665), pode-se entender que a expressão, na Lei no. 8.429/1992, corresponde também aos cargos ou empregos, que são criados por lei, com denominação e atribuição próprias.

Mas, de toda forma, em matéria punitiva, e menos ainda em improbidade administrativa, que tem parentesco próximo com a ação penal, com a qual compartilha os estigmas, não se pode aplicar sanções por aproximação, fora da tipicidade da própria lei.

É evidente que a sanção pelo ato ímprobo não pode ir além da previsão legal, menos ainda sem individualização. O objetivo da sanção é afastar o agente público da função (sentido lato) que exercia quando da prática do ato, sem a universalidade praticada pela decisão da Corte de origem, quando se refere a *extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade moral e desvio ético para o exercício da função pública abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível*.

Creio que não seja assim, e nem é razoável que o seja, dado o evidente excesso. Perder a função, como punição por improbidade, não corresponde à impossibilidade de ocupar futuros cargos, empregos ou funções públicas, como se fora uma inabilitação para o exercício de cargo ou função públicos.

Eis, a propósito, a redação do art. 12 da Lei no. 8.429/1992 (com destaques aditados):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9o., perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer

esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano 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, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente 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, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades não podem sofrer interpretação que amplie as sanções nelas previstas, devendo ser interpretadas de forma literal. Não é dado ao intérprete estabelecer distinções não estatuídas pelo legislador.

O recorrente, no tempo dos atos de improbidade, embora fosse Procurador da Assembléia Legislativa, estava afastado desse cargo para o exercício do cargo de Diretor Financeiro da Centrais Elétricas de Rondônia – CERON. Não foi como Procurador que perpetró os atos ímprobos.

A sentença executada determinou, entre outras sanções, a *perda da função pública que estiver exercendo no trânsito em julgado desta decisão*, o que, além de encerrar a impropriedade de uma condenação em aberto, sem individualização (identificação do cargo), fora do cargo exercido (sem atenção ao princípio da causalidade), não pode alcançar a aposentadoria, que não é função pública, menos ainda em cargo diverso, obtida por elementos jurídicos diversos – tempo de serviço legal e específico, mediante contribuição – e integrante do seu patrimônio jurídico (direito adquirido). Cuida-se de um *pro labore facto*.

Pode-se afirmar que o cargo de Diretor Financeiro da CERON, um cargo em comissão, não mais era exercido no momento da propositura da ação ou mesmo da sentença, não sendo possível a sua perda. Mas,

se não mais o detinha, não havia cargo (relacionado à improbidade) e, portanto, ficaria prejudicada a punição no ponto.

Dir-se-á que, detendo um cargo efetivo (mesmo dele afastado) na constância do exercício do cargo em comissão na CERON, poderia também perdê-lo em virtude da condenação. Isso não teria sentido jurídico, nem razoabilidade; mas, se esse fosse o entendimento da sentença, bem que poderia ter dito expressamente.

A lei fala em perda da função pública, que pressupõe atualidade. É impróprio condenar o agente ímprobo à perda da função que estiver exercendo quando do trânsito da sentença em julgado, pois se trata de uma condenação aberta, em busca de um fato futuro, que não tem encaixe na Lei no. 8.429/1992, e que poderia alcançar até mesmo cargos conquistados por futuro concurso, desde que antes do trânsito em julgado.

As punições, administrativas (aí incluídas as da improbidade) e/ou penais constituem matéria de legalidade estrita.

Dispõe a lei que *a perda da função pública* somente se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória (LIA – art. 20), o que, além de homenagear a presunção de inocência (ressalvada eventual afastamento cautelar), expressa a idéia de que a sentença deve dizer de logo (sendo o caso) a função, o cargo ou o emprego que deva ser perdido (individualização).

A expressão “só se efetivam” no art. 20 diz respeito ao plano de eficácia da sentença: as condenações à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos somente se tornam eficazes (produção de efeitos) com o trânsito em julgado.

Mas a imposição das sanções, individualizadas, deve obviamente ocorrer na sentença, que lhes expressa o plano de existência. Uma vez certificada a punição na sentença válida, os seus efeitos é que somente se efetivam com o trânsito em julgado.

É isso que diz o art. 20. Nunca que possa o juiz, na hipótese de não mais o agente ocupar o cargo na data da sentença (situação muito comum nos cargos em comissão), emitir uma condenação “à perda da função pública que estiver ocupando na data do transito em julgado.”

Isso, sobre ser uma manifesta ilegalidade, pode levar a situações esdrúxulas, como a do caso presente, onde o recorrente, não tendo mais cargos a perder, veio a perder a sua aposentadoria.

Segundo decidiu a 2a. Turma, em precedente da Relatoria do Ministro Herman Benjamim, *O direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime contributivo, e sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada.*

Para melhor análise e compreensão, eis o inteiro teor do precedente, em julgamento de dezembro de 2010:

Processual Civil e Administrativo. Improbidade. Execução de sentença condenatória. Cassação da aposentadoria. Medida que extrapola o título executivo. Descabido efeito retroativo da sanção de perda da função pública.

1. *Cuidam os autos de execução de sentença que condenou o ora recorrente pela prática de improbidade administrativa, especificamente por ter participado, na qualidade de servidor público municipal, de licitações irregulares realizadas em 1994. Foram-lhe cominadas as seguintes sanções: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição temporária de contratar com o Poder Público e multa.*

2. *O Juízo da execução determinou a cassação da aposentadoria, ao fundamento de que se trata de consequência da perda da função pública municipal. O Tribunal de Justiça, por maioria, manteve a decisão.*

3. *O direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime jurídico contributivo, e sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada.*

4. *A cassação do referido benefício previdenciário não consta no título executivo nem constitui sanção prevista na Lei no. 8.429/1992. Ademais, é incontroverso nos autos o fato de que a aposentadoria ocorreu após a conduta ímproba, porém antes do ajuizamento da Ação Civil Pública.*

5. *A sentença que determina a perda da função pública é condenatória e com efeitos ex nunc, não podendo produzir efeitos retroativos ao decisum, tampouco ao ajuizamento da ação que acarretou a sanção. A propósito, nos termos do art. 20 da Lei no. 8.429/1992, “a perda da função pública e a suspensão dos direitos*

políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

6. Forçosa é a conclusão de que, in casu, a cassação da aposentadoria ultrapassa os limites do título executivo, sem prejuízo de seu eventual cabimento como penalidade administrativa disciplinar, com base no estatuto funcional ao qual estiver submetido o recorrente.

7. Recurso Especial provido (DJe, 4.2.2011).

Considerando que a perda da função pública decretada teve como objetivo afastar o agente público da função que exercia quando da prática do ato, não há como se alargar a interpretação da sanção a ponto de atingir a aposentadoria da parte autora, em cargo diverso àquele da prática do ato.

O acórdão de origem, portanto, contrariou os preceitos dos arts. 12 da Lei no. 8.429/1992; 293 e 468 do Código de Processo Civil, pela extrapolação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Como dito, a condenação teve como base o art. 12, I, II e III, da Lei no. 8.429/1992, e determinou a perda da função pública que estivesse exercendo no momento do trânsito em julgado da condenação (fl. 429); nunca da aposentadoria, sob regime contributivo, em cargo outro.

Tal o contexto, dou provimento ao recurso especial, para afastar a pena de cassação da aposentadoria do recorrente.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Tenho que a Lei de Improbidade não pretende restringir a perda da função pública apenas à função ocupada pelo agente ao momento da prática do ato ímprobo, podendo alcançar qualquer outra função pública que esteja ele a exercer ao tempo do cumprimento/execução da respectiva sentença passada em julgado. Daí que, se nessa ocasião, o agente condenado não mais mantiver nenhum laço com o Poder Público, não haverá objeto para fins de cumprimento da sentença. É uma penalidade que, efetivamente, cairá no vazio, aos moldes da liquidação zero, por assim dizer.

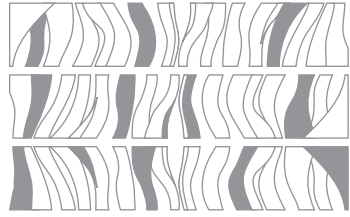
Penso que seja esse o espírito que se pode extrair da Lei no. 8.429/1992, porque, quando se vai ao seu art. 20, lê-se que é necessário o trânsito em julgado para a efetivação da sanção de perda da função pública.

A prevalecer o raciocínio de que a perda de função pública deve incidir exclusivamente sobre a mesma função ocupada ao tempo da pretérita prática do ato ímprobo, não se alcançaria o objetivo maior da legislação, que é o de evitar a permanência no serviço público de agente que revelou incompatibilidade para o exercício da função. Sem dúvida, penso que o propósito da Lei de Improbidade, nesse aspecto, é mais abrangente, orientando-se na defesa do interesse público.

Nesse contexto, acompanho o voto do eminente Ministro Relator em sua conclusão, ou seja, pelo provimento do recurso especial do réu, mas assim o faço tão somente pelo fundamento que vem explicitado nos itens 2 e 3 da subementa, ou seja, na perspectiva da estrita legalidade, haja vista que a Lei de Improbidade não contempla no repertório de suas sanções a penalidade de cassação de aposentadoria. Então, por esse viés, de cunho eminentemente legal, acompanho o voto do relator no sentido de dar provimento ao recurso especial, pois não se revela viável transmutar, à míngua de previsão normativa, a pena de perda de função pública em cassação da aposentadoria já alcançada pelo servidor condenado, quando do cumprimento da respectiva sentença.

Logo, não acompanho o voto do relator em seus demais fundamentos, especificamente aqueles explicitados nos itens 4, 5, 6, 7 e 8 da ementa. Compreendo que esses fundamentos não se ajustam ao caso presente. Com efeito, há, sim, motivo suficiente para que se dê provimento ao recurso especial do implicado, que é o fundamento da estrita legalidade. Os demais fundamentos, relacionados à questão de saber se ao tempo do cumprimento da sentença será exigível que o cargo a ser perdido, ou a função a ser perdida, seja exatamente aquela ocupada ao tempo do cometimento da improbidade, penso não haver necessidade de se avançar em seu debates (até porque, como lembrou a Ministra Regina Helena Costa, ainda temos um julgamento importante em andamento nesta Primeira Turma - o caso está com vista regimental do Ministro Benedito Gonçalves - no qual a discussão central é exatamente essa).

Com essas considerações, voto pelo provimento do recurso especial, fazendo-o por fundamentação menos abrangente do que aquela expendida pelo eminente relator.



SEGUNDA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL No.
606.352-SP (2014/0270619-1)

Relatora: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Milton da Silva Araujo

Advogado: Paulo Roberto Brandão e outro(s)

Interes.: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ato de improbidade administrativa. Condenação do agente ímprobo apenas no ressarcimento dos danos causados ao erário. Impossibilidade. Multa anteriormente imposta, por infringência às disposições da legislação eleitoral. *Bis in idem*. Não ocorrência. Art. 12 da Lei no. 8.429/1992. Independência das instâncias penal, civil e administrativa. Agravo regimental provido.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão que, reconhecendo a prática de ato de improbidade administrativa, pelo ora agravado, consubstanciado no uso de material e de recursos humanos do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, para efetuar campanha de candidata a deputada federal, condenou-o exclusivamente a ressarcir os danos causados ao Erário.

II. No caso, a solução da controvérsia não demanda a análise de matéria fática, mas a correta interpretação a ser dada ao art. 12 da Lei no. 8.429/1992, a fim de definir se (a) a imposição de multa ao agravado, pela Justiça Eleitoral, por afronta à Lei no. 9.504/1997, impediria a sua condenação, nos presentes autos, no pagamento de multa civil, por força da proibição de *bis in idem*; e (b) reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa, seria possível a condenação do agente apenas em ressarcir o dano causado ao Erário.

III. O art. 12 da Lei no. 8.429/1992 é expreso ao determinar que as penalidades impostas pela prática de ato de

improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica. Desta forma, o fato de o agravado ter sido condenado, pela Justiça Eleitoral, ao pagamento de multa, por infringência às disposições contidas na Lei no. 9.504/1997, não impede sua condenação em qualquer das sanções previstas na Lei no. 8.429/1992, não havendo falar em *bis in idem*.

IV. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações* (STJ, REsp no. 1.184.897-PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 27.4.2011).

V. Nesse contexto, afastada a existência de *bis in idem* com eventuais sanções impostas pela infringência às disposições da legislação eleitoral, e por ser o ressarcimento dos danos causados ao Erário mera consequência do reconhecimento do ato de improbidade administrativa, deve ser imposta, ao agravado, ao menos uma das demais sanções previstas no art. 12, III, da Lei no. 8.429/1992. Ocorre que, por ser tarefa que demanda o exame das circunstâncias fáticas do caso, mostra-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que, levando em conta as premissas estabelecidas acima e com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixe as sanções que entender cabíveis.

VI. Agravo Regimental provido, para conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para

conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra Ministra Relatora.

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 10.2.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo *Ministério Público Federal*, contra decisão de minha lavra, assim fundamentada, *in verbis*:

Trata-se de Agravo, interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão que inadmitiu Recurso Especial, manejado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3a. Região.

Aduz o agravante, nas razões do seu Recurso Especial, ofensa aos arts. 11 e 12, III, da Lei no. 8.429/1992, sustentando a desproporção e a insuficiência da sanção aplicada em razão da prática de ato de improbidade administrativa.

Requer, ao final, que, “além do ressarcimento do dano, deve ser aplicada a multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente à época, como medida apta a proteger suficientemente o bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa” (fl. 1.456e).

O recurso foi inadmitido na origem, o que ensejou a interposição do presente Agravo.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 1.487-1.488e, opina pelo provimento do recurso.

Conheço do Agravo, todavia, o Recurso Especial não ultrapassa a admissibilidade.

O Tribunal de origem decidiu a questão relativa às penalidades decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa, com base nos seguintes fundamentos:

No caso dos autos, o que restou comprovado, indene de dúvidas, foi a extração indevida de 2.500 cópias (mala direta) para a campanha da candidata a Deputada Estadual Guiomar Kalil, bem assim a utilização de funcionários do CREMESP para a colocação daquelas no envelope.

É o que se depreende dos testemunhos de Rosângela Aparecida de Souza França (f. 856-7 v. e 864-5), Eliana D'Alma Paternostre (f. 860-v. e 866-7), Paulo Cambraia Cardoso (f. 861-v.) e, em sede policial, Carla de Lima Rocha (f. 868-70).

Em se tratando de ato que gerou dano ao erário, in casu, afigura-se bastante a reparação do dano causado ao Poder Público (valor referente à extração de 2.500 cópias, além do valor relativo à utilização de pessoal em horário de expediente para a viabilização de mala direta com propaganda de campanha, a ser apurado em liquidação de sentença), máxime porque o réu foi demitido por justa causa (f. 885-6), condenado ao pagamento de 1.000 UFIRS, a título de multa, pelo TRE (f. 379-90) e em razão dos motivos que levaram o Ministério Público do Estado de São Paulo a promover o arquivamento do Inquérito Policial no. 050.07.074309-6 (f. 904-8). Nada obstante a independência das instâncias, é o que se mostra razoável no caso concreto.

No tocante à necessidade de condenação pelas demais sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa “pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos 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, pelo prazo de três anos”, a alegação do recorrente não merece prosperar, uma vez que, muito embora o ressarcimento seja mera consequência da comprovação do dano, o STJ já adotou o posicionamento de que é possível a condenação apenas quanto ao pedido de ressarcimento:

(...) (fls. 1.432-1.433e)

Assim, a pretensão de infirmar os fundamentos do acórdão recorrido com o fito de se caracterizar ser irrazoável ou desproporcional a sanção imposta, demandaria o revolvimento de matéria fática, incidindo, assim, como óbice ao Recurso Especial, a Súmula no. 7 desta Corte,

in verbis: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

A propósito:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência de omissão. Alegações genéricas.

Fundamentação deficiente. Súmula no. 284-STF. Arts. 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992. Lesão ao erário e violação a princípios administrativos. Circunstâncias expressamente reconhecidas pelo Tribunal de origem. Revisão das sanções impostas. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Reexame de matéria fático probatória.

Impossibilidade. Súmula no. 7-STJ.

1. O acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, razão pela qual não há que se falar na suscitada ocorrência de violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a simples alegação de violação genérica de preceitos infraconstitucionais, desprovida de fundamentação que demonstre de que maneira houve a negativa de vigência dos dispositivos legais pelo Tribunal de origem, não é suficiente para fundar recurso especial, atraindo a incidência da Súmula no. 284-STF.

3. Para rever o entendimento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que o recorrente deixou de tomar as medidas indicadas na Lei de Responsabilidade, a caracterizar os atos de improbidade administrativa tipificados nos arts. 10 e 11 da LIA, é necessário o reexame de matéria de fato, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o disposto na Súmula no. 7-STJ.

4. A análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula no. 7-STJ.

5. *Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp no. 1.344.725-RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 12.2.2015)*

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo, com fundamento no art. 544, § 4o., II, a, do CPC (fls. 1.490-1.492e).

Inconformado, sustenta o agravante que:

(...)

A decisão agravada apresenta a seguinte fundamentação (fls. 1.491):

Assim, a pretensão de infirmar os fundamentos do acórdão recorrido com o fito de se caracterizar ser irrazoável ou desproporcional a sanção imposta, demandaria o revolvimento de matéria fática, incidindo, assim, como óbice ao Recurso Especial, a Súmula no. 7 desta Corte, in verbis: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

O entendimento contido na decisão agravada merece ser revisto, pois o que se buscou, com o especial, não foi reexame do contexto fático-probatório, mas apenas a fixação de respostas estatais de caráter punitivo, em face da improbidade indubitavelmente reconhecida na instância ordinária, e com base nas mesmas premissas e provas em que baseada a motivação do acórdão recorrido. Ou seja, a intenção do recorrente é tão somente a correta aplicação de penalidades previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, de forma suficiente a repreender atos ímprobos por parte do agente público, que deve agir em conformidade com os princípios da Administração Pública.

Isso porque, o aresto impugnado, não obstante tenha reconhecido a responsabilidade do recorrido pela prática de ato de improbidade, não lhe aplicou sanção alguma, o que, data venia, fere a lógica do razoável! Insista-se no ponto relevante: o acórdão da instância a quo reconhece a ocorrência de improbidade administrativa. Confirma-se, com efeito, o seguinte trecho do aresto (fls. 1.432):

No caso dos autos, o que restou comprovado, indene de dúvidas, foi a extração indevida de 2.500 cópias (mala direta) para a campanha da candidata a Deputada Estadual Guiomar Kalil, bem assim a utilização de funcionários do CREMESP para a colocação daquelas no envelope.

Reafirme-se, portanto, que o recurso especial não busca reexame do conjunto fático-probatório, mas tão somente assegurar a efetiva aplicação de sanção(ções), ante o reconhecimento, na instância ordinária, da ocorrência da improbidade administrativa. Isso porque, como será mais adiante assinalado, a cominação aplicada – ressarcimento – não possui timbre sancionatório.

Esse Superior Tribunal, em outras matérias, afasta a incidência da Súmula no. 7-STJ quando há demonstração evidente que o Tribunal de origem agiu em desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Como exemplo, citem-se os casos em que o valor arbitrado a título de danos morais, quando irrisórios ou exorbitantes, são excepcionalmente revisados por meio de recurso especial (AgRg no AgRg no AREsp no. 243.090-CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 2.6.2015, DJe 11.6.2015). Da mesma forma ocorre com a fixação de honorários advocatícios, em que, mostrando-se ínfimos ou excessivos, são rearbitrados por essa Corte Superior, sem que isso implique violação à Súmula no. 7-STJ.

O caso em análise é similar, senão mais evidente! Verificada a prática da conduta ímproba – cujo quadro fático está devidamente assentado no acórdão – o que aqui se pede é tão somente a efetiva punição do recorrido, de forma proporcional e suficiente, pois simplesmente não restou aplicada qualquer sanção!

É sabido, com efeito, que o princípio da proporcionalidade possui duas facetas, a serem devidamente consideradas pelo julgador, à luz de cada caso concreto: a proibição de excesso e a proteção insuficiente. É em relação a essa segunda angulação do postulado que se lastreia a presente irresignação, uma vez que o Estado deve responder, com a intensidade necessária, aos ilícitos perpetrados aos bens jurídicos tutelados, de maneira a evitar-se proteção insuficiente aos valores sociais amparados pelo ordenamento jurídico. Nisso não há, como acima mencionado, qualquer reexame de matéria de fato. Nessa linha, também autoriza a jurisprudência dessa Corte:

(...)

E nem se diga que houve aplicação da sanção em decorrência da condenação ao ressarcimento do dano causado ao erário. Tal medida não possui natureza sancionatória, pois volta-se à recomposição do erário.

Não obstante o Tribunal a quo tenha deliberado no sentido de que as penas não são obrigatoriamente aplicadas de forma cumulativa, o ressarcimento não equivale à sanção ao ato de improbidade

administrativa que foi atribuído ao recorrido - e que se encarta no art. 11 da Lei no. 8.429/1992. A improbidade administrativa enquadrada nesse dispositivo legal enseja, dentre outras consequências, o ressarcimento integral dos danos causados aos cofres públicos, nos termos do art. 12, I, do mesmo diploma legal.

Como já dito, o ressarcimento dos danos causados ao erário pelos agentes públicos que praticam ato de improbidade administrativa não configura propriamente uma sanção – medida punitiva –, porquanto, como plasmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aquele é medida de recomposição do dano:

(...)

De igual modo, pouco importa se houve condenação na Justiça Eleitoral, pois é sabido que a punição aplicada em instância diversa não tem influência em outra esfera, ante a independência das instâncias.

Portanto, tendo restado incontroversa a prática de ato de improbidade, a ausência de sanção implica efetiva violação aos arts. 11 e 12 da LIA, pois a imposição de ressarcimento não se cuida de sanção e a total ausência dessa mostra-se desproporcional e irrazoável, tornando inócua a condenação imposta na instância ordinária, em face do ato de improbidade.

(...) (fls. 1.496-1.502e).

Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada, ou, se assim não entender Vossa Excelência, a submissão do presente agravo à apreciação do Colegiado, para que dele se conheça e, ao final, dê-se provimento ao agravo e ao recurso especial, com a consequente reforma da decisão, para que retornem os autos ao Tribunal de origem para dosimetria da(s) sanção(ções) correspondente(s) ao ato de improbidade praticado, independentemente da medida de ressarcimento do erário (fl. 1.502e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): O Agravo Regimental merece ser provido.

Com efeito, melhor examinando a questão, verifico que a solução da controvérsia não demanda a análise de matéria fática, mas a correta interpretação a ser dada ao art. 12 da Lei no. 8.429/1992.

De acordo com os autos, o agravante ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação de Milton da Silva Araújo, ora agravado, pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciado no uso da máquina pública para efetuar campanha de candidata a deputada federal.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, com base na seguinte fundamentação:

Assim, dos fatos imputados ao Réu na inicial, restaram comprovadas através das provas anexadas e produzidas, a extração indevida de 2.500 cópias Xerox para a campanha da candidata Guiomar Kalil e a utilização de pessoal para o envelopamento de cartas para mala direta para a campanha da mesma.

Há que se considerar que já houve punição, pelo E. TRE, por prática de conduta vedada, qual seja, a realização de campanha política dentro de órgão da administração indireta. Desta forma, já tendo sido aplicada a multa correspondente, a fim de não incidir bis in idem, reconheço a prática de tais atos e os tenho como julgados.

Em relação aos fatos comprovados temos que se aplica a legislação apontada pelo Ministério Público Federal, qual seja, a Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Deve, assim, ser acatado o pedido veiculado na inicial, conseqüente das atitudes do réu. Assim, tendo em vista a comprovação, nos autos, da extração indevida, para fins de beneficiar candidata apoiada pelo Réu, de 2.500 cópias utilizando-se de maquinário e material do CREMESP, deve ser apurado o valor que corresponde a tal gasto e ser ressarcido pelo Réu.

Também deve ser apurado o valor da utilização de pessoal em horário de expediente para a viabilização de mala direta com propaganda de campanha, valor esse que também deverá ser ressarcido pelo Réu.

Portanto, julgo parcialmente procedente o pedido, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil e condeno o Réu a ressarcir ao CREMESP os valores relativos à extração de 2.500 cópias utilizando-se de maquinário e material do CREMESP e também o valor relativo à utilização de pessoal em horário de expediente para a viabilização de mala direta com propaganda de campanha, a ser apurado em liquidação de sentença (fls. 1.353-1.354e).

Apenas o ora agravante apelou da sentença, requerendo, em síntese, a condenação do agravado nas demais sanções previstas na Lei no. 8.429/1992. No acórdão ora recorrido, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo, com base nos seguintes fundamentos:

No caso dos autos, o que restou comprovado, indene de dúvidas, foi a extração indevida de 2.500 cópias (mala direta) para a campanha da candidata a Deputada Estadual Guiomar Kalil, bem assim a utilização de funcionários do CREMESP para a colocação daquelas no envelope.

É o que se depreende dos testemunhos de Rosângela Aparecida de Souza França (f. 856-7 v. e 864-5), Eliana D'Alma Paternostre (f. 860-v. e 866-7), Paulo Cambraia Cardoso (f. 861-v.) e, em sede policial, Carla de Lima Rocha (f. 868-70).

Em se tratando de ato que gerou dano ao erário, in casu, afigura-se bastante a reparação do dano causado ao Poder Público (valor referente à extração de 2.500 cópias, além do valor relativo à utilização de pessoal em horário de expediente para a viabilização de mala direta com propaganda de campanha, a ser apurado em liquidação de sentença), máxime porque o réu foi demitido por justa causa (f. 885-6), condenado ao pagamento de 1.000 ÚFIRS, a título de multa, pelo TRE (f. 379-90) e em razão dos motivos que levaram o Ministério Público do Estado de São Paulo a promover o arquivamento do Inquérito Policial no. 050.07.074309-6 (f. 904-8). Nada obstante a independência das instâncias, é o que se mostra razoável no caso concreto.

No tocante à necessidade de condenação pelas demais sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa “pagamento de

multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos 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, pelo prazo de três anos”; a alegação do recorrente não merece prosperar, uma vez que, muito embora o ressarcimento seja mera consequência da comprovação do dano, o STJ já adotou o posicionamento de que é possível a condenação apenas quanto ao pedido de ressarcimento:

(...) (fls. 1.432-1.433e).

Assim, o que está em discussão nos autos é se (a) a imposição de multa ao agravado, pela Justiça Eleitoral, por afronta à Lei no. 9.504/1997, impediria a condenação, nos presentes autos, no pagamento de multa civil, por força da proibição de *bis in idem*; e (b) reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa, seria possível a condenação do agente apenas em ressarcir o dano causado ao Erário.

Nesse contexto, não incide, no caso, o óbice previsto na Súmula no. 7-STJ, pois a solução da controvérsia demanda apenas a interpretação do art. 12 da Lei no. 8.429/1992, segundo o qual:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9o., perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano 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, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente 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, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Assim, por expressa disposição legal, as penalidades impostas pela prática de ato de improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica. Sobre o tema, Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 496-497) ensina que:

Conforme Nery e Nery (2005, p. 540),

pelo princípio da independência das responsabilidades, adotado pelo sistema brasileiro, o mesmo fato pode dar origem a sanções civis, penais e administrativas, aplicáveis cumulativamente.

Os atos de improbidade administrativa podem acarretar para o seu autor, agente público, além das sanções previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/1992, sanções penais decorrentes de processo por delitos correlatos e, inclusive, sanções de natureza administrativa, em consequência de processo administrativo disciplinar. É que há a possibilidade de incidência concomitante do estatuto funcional, da lei penal e da lei de improbidade administrativa. Cada processo, em cada instância, tem curso relativamente independente.

Assim, exemplificando, o agente público que comete o ato de improbidade do art. 9o., XI (incorporação ao seu patrimônio de bem móvel público), pode ser processado, simultaneamente, pelo delito de peculato (CP, art. 312). É suscetível de receber as sanções civis e político-administrativas pelo ato de improbidade praticado e, cumulativamente, as penas relativas ao delito.

Nesse sentido, o art. 37, § 4o., in fine, da Constituição Federal, exhibe a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”. Também, o art. 12, caput, da Lei no. 8.429/1992, começa com a ressalva “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

Não é de hoje que o ordenamento jurídico brasileiro consagra a independência entre as esferas administrativa, cível e penal. No que toca especificamente às ações de improbidade administrativa, tal independência está lastreada em texto constitucional (art. 37, § 4o.). Segue-se que, mesmo que a ação de improbidade tenha por fundamento fatos idênticos aos já analisados em outras instâncias, não há que se falar em bis in idem, nem tampouco na indevida intromissão do Judiciário na esfera de atribuições privativas do administrador, tendo em vista o princípio da independência das instâncias.

Desta forma, o fato de o agravado ter sido condenado, pela Justiça Eleitoral, ao pagamento de multa, por infringência às disposições contidas na Lei no. 9.504/1997, não impede sua condenação em qualquer das sanções previstas na Lei no. 8.429/1992, não havendo falar em *bis in idem*.

Quanto à possibilidade de o agravado, após reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa, ser condenado apenas no ressarcimento dos danos causados ao Erário, vale lembrar a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (Improbidade Administrativa, 6.ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 644-731), segundo a qual:

Aquele que causar dano a outrem tem o dever de repará-lo, dever que reside na necessidade de recompor o patrimônio do lesado, fazendo com que este, tanto quanto possível, retorne ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato lesivo.

Essa concepção, hodiernamente, encontra-se amplamente difundida e erigida à categoria de princípio geral de direito, sendo integralmente aplicada em se tratando de danos causados ao patrimônio público. Note-se, no entanto, que o texto legal não tem o poder de alterar a essência ou a natureza dos institutos; in casu, observa-se que a reparação dos danos, em seus aspectos intrínsecos, não representa uma punição para o ímprobo, pois tão somente visa a repor o status quo.

(...)

O ressarcimento integral do dano, na medida em que busca, apenas, recompor o status quo, não afasta, em linha de princípio, a aplicação das demais sanções cominadas ou, mesmo, a própria incidência da Lei no. 8.429/1992. Em outras palavras, ainda que o ressarcimento seja realizado em momento anterior ao ajuizamento da ação judicial, isso não terá qualquer influência na configuração do interesse de agir, já que o agente ainda é passível de ser sancionado pelo ilícito praticado. Por outro lado, tratando-se de ressarcimento espontâneo, promovido sem qualquer influência exógena, tal pode ser indicativo da ausência de dolo ou da boa-fé do agente público, devendo ser valorado sob a ótica do critério de proporcionalidade, tanto em relação à incidência da Lei no. 8.429/1992 no caso concreto como no que diz respeito à individualização das sanções a serem aplicadas.

(...)

No mais, é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do status quo.

Com base em tais fundamentos, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que, por não ser propriamente uma sanção, a condenação ao ressarcimento dos danos causados ao Erário não pode ser a única penalidade imposta ao agente que cometer ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil de improbidade administrativa. Ato ímprobo configurado. Imposição de devolução em dobro dos valores desviados. Inadequação. Necessidade de imposição das espécies de sanções previstas na Lei no. 8.429/1992. Recurso especial provido.

1. No caso dos autos, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ajuizou ação civil de improbidade administrativa em razão de supostos desvios de alimentos e combustíveis praticados no âmbito do do 3o. Subgrupoamento de Bombeiros Militar. Por ocasião da sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente e condenou alguns dos réus às seguintes sanções previstas na Lei no. 8.429/1992: a) suspensão dos direitos políticos; b) proibição de contratação com o Poder Público e recebimento de incentivo fiscais; c) a perda das funções públicas (fls. 1.256-1.270).

2. O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, reformou parcialmente a sentença, tão somente no tocante à dosimetria das sanções impostas, com base no princípio da proporcionalidade, ao afastar as sanções impostas e determinar “a devolução em dobro das aludidas importâncias (representativa em pecúnia dos insumos ‘desviados’), aqui já excluindo o cálculo dos bens já retornados” (fl. 1.404).

3. Efetivamente, a imposição da pena consistente na “devolução em dobro” dos valores desviados não corresponde à nenhuma das espécies de sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (art. 12 e incisos), especificamente: multa civil, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, perda da função pública, ressarcimento integral do dano e perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

4. A aplicação das penalidades previstas na norma exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do art. 12 da Lei no. 8.429/1992). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa, embora não necessariamente. Nesse sentido: REsp no. 1.091.420-SP, 1a. Turma, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe de 5.11.2014; AgRg no AREsp no. 149.487-MS, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 29.6.2012.

5. Todavia, apesar da cumulação das referidas sanções não ser obrigatória, é pacífico no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade. Sobre o tema: REsp no. 1.315.528-SC, 2a. Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL Marques, DJe de 9.5.2013; REsp no. 1.184.897-PE, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 27.4.2011; (REsp no. 977.093-RS, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 25.8.2009; REsp no. 1.019.555-SP, 2a. Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe de 29.6.2009.

6. Portanto, a sanção imposta pela Corte de origem - devolução em dobro dos valores desviados - não corresponde as sanções previstas na

Lei de Improbidade, o que viola o art. 12 da norma sancionadora. Tal consideração impõe o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que aplique, em razão do reconhecimento da configuração de ato de improbidade administrativa, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as sanções cabíveis previstas na Lei no. 8.429/1992.

7. *Recurso especial provido (STJ, REsp no. 1.376.481-RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 22.10.2015).*

Administrativo. Recurso especial. Ausência de violação ao art. 535 do CPC. Ação civil pública. Dano ao erário. Art. 12, inciso II, da Lei no. 8.429/1992. Ressarcimento. Única medida imposta como consequência da improbidade administrativa. Impossibilidade. Condenação em multa civil.

1. *Na origem trata-se de ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o ora recorrido que, no exercício do cargo de Prefeito do Município de Braço do Norte, deixou de comparecer a audiência preliminar na Justiça do Trabalho, acarretando a aplicação dos efeitos da revelia e a condenação do Município ao pagamento das verbas pleiteadas, que já haviam sido pagas anteriormente.*

2. *Não há a apontada violação ao art. 535 do CPC. É que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente.*

3. *As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato combatido, razão pela qual não se pode excluí-lo, a pretexto de cumprimento do paradigma da proporcionalidade das penas estampado no art. 12 da Lei no. 8.429/1992. Precedentes.*

4. *Tendo em vista a natureza patrimonial da lesão provocada, entendendo por bem manter a imposição do ressarcimento e acrescentar a condenação em multa civil na razão da metade do valor do dano, atualizado monetariamente.*

5. *Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp no. 1.315.528-SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 9.5.2013).*

Administrativo. Improbidade. Dano ao erário. Culpa. Improbidade configurada. Ressarcimento. Insuficiência. Aplicação das sanções propriamente ditas. Necessidade. Dosimetria a cargo do julgador ordinário.

1. *Cuidam os autos de Ação de Improbidade Administrativa movida contra ex-prefeita do Município de Rio Formoso-PE, com base em apuração feita pelo Tribunal de Contas das seguintes irregularidades: não-aplicação de material adquirido para saneamento básico e recuperação das vias públicas; dispêndios representados pelo excedente embutido nos custos globais de obras; aquisição de insumos por preços maiores que os praticados no mercado na recuperação de casas populares e escolas; e gastos com material de construção e serviços sem destinação definida.*

2. *A instância ordinária julgou o pedido procedente em parte para condenar a ré ao ressarcimento do Erário no valor de R\$ 25.000,00, deixando, porém, de lhe impor sanções pela prática de improbidade administrativa, ao fundamento de não ter havido comprovação de dolo, mas apenas negligência.*

3. *O art. 10 da Lei no. 8.429/1992, que censura as condutas ímprobas por dano ao Erário, admite a modalidade culposa. Precedentes do STJ.*

4. *O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ.*

5. *A repercussão do dano, o elemento subjetivo do agente e outras particularidades do caso concreto devem ser avaliados e ponderados pelo julgador ordinário na dosimetria das sanções, aplicáveis cumulativamente ou não, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

6. *Recurso Especial provido, com o retorno do processo ao Tribunal de origem (STJ, REsp no. 1.184.897-PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 27.4.2011).*

Administrativo e Processual Civil. Ministério Público. Competência funcional. Procurador de Justiça. Art. 31 da Lei no. 8.625/1993. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação de “funcionário-fantasma”. Ato ilícito. Sanções. Ressarcimento ao erário. Insuficiência. Art. 12 da Lei no. 8.429/1997.

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública reputando como ato de improbidade administrativa a contratação irregular pelo então Prefeito da Municipalidade do filho do então Vice-Prefeito, o qual percebeu vencimentos do cargo para o qual foi designado por 18 meses sem prestar efetivos serviços, como verdadeiro “funcionário-fantasma”.

2. Preliminarmente, o recorrido pugna pela inadmissibilidade do apelo nobre por falta de capacidade postulatória dos membros do Parquet que subscrevem a petição do especial.

3. Ao estabelecer a competência funcional dos Procuradores de Justiça, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei no. 8.625/1993) dispôs em seu art. 31 que “cabe aos Procuradores de Justiça exercer as atribuições junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste”.

4. Uma das subscritoras do recurso especial reveste-se da qualificação de Procuradora de Justiça, tornando-a competente para atuar perante Tribunais de 2ª. instância, o que, a toda evidência, abarca a interposição de recursos especiais. A investidura no posto de “Secretária Executiva da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos” constitui situação que não desnatura sua competência para agir como Procuradora de Justiça no âmbito do Tribunal a quo, tratando-se de mera circunstância afeita à organização interna do Parquet Estadual.

5. Não há necessidade de aplicação cumulada das sanções previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/1997, cabendo ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias. Precedentes desta Corte.

6. Todavia, afastadas pelo Tribunal a quo as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, remanesceu

apenas a condenação solidária dos recorridos ao ressarcimento dos valores indevidamente percebidos, subtraída a parcela já devolvida.

7. *Caracterizado o ato de improbidade administrativa, o ressarcimento ao erário constitui o mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção em sentido estrito e, portanto, não sendo suficiente por si só a atender ao espírito da Lei no. 8.429/1997, devendo ser cumulada com ao menos alguma outra das medidas previstas em seu art. 12.*

8. *Pensamento diverso, tal qual o esposado pela Corte de origem, representaria a ausência de punição substancial a indivíduos que adotaram conduta de manifesto descaso para com o patrimônio público. Permitir-se que a devolução dos valores recebidos por “funcionário-fantasma” seja a única punição a agentes que concorreram diretamente para a prática deste ilícito significa conferir à questão um enfoque de simples responsabilidade civil, o que, à toda evidência, não é o escopo da Lei no. 8.429/1997.*

9. *“A ação de improbidade se destina fundamentalmente a aplicar as sanções de caráter punitivo acima referidas, que têm a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita. Assim, embora seja certo que as sanções previstas na Lei no. 8.429/1992 não são necessariamente aplicáveis cumuladamente (podendo o juiz, sopesando as circunstâncias do caso e atento ao princípio da proporcionalidade, eleger a punição mais adequada), também é certo que, verificado o ato de improbidade, a sanção não pode se limitar ao ressarcimento de danos” (Ministro Teori Albino Zavascki, Voto-Vista no REsp no. 664.440-MG, DJU 6.4.2006).*

10. *Como bem posto por Emerson Garcia “é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do status quo” (Improbidade Administrativa. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2a. ed., 2004, p. 538).*

11. *O Ministério Público Estadual pediu de maneira explícita o restabelecimento das demais sanções cominadas na sentença reformada pela Corte de origem, quais sejam, (i) suspensão dos direitos políticos e (ii) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais.*

12. *Em obséquio aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assiste razão ao Parquet.*

13. Dada a gravidade da conduta de um dos litisconsortes passivos, que demonstrou absoluto desprezo pelos princípios que regem a Administração Pública ao abrigar como “funcionário-fantasma” – figura repugnante que acomete de maneira sistemática os órgãos públicos – o filho de um de seus aliados políticos, tem-se como indispensável a restauração das medidas previstas na sentença, inclusive no que respeita à suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos.

14. Outrossim, a malícia demonstrada por outro litisconsorte ao passar 18 (dezoito) meses recebendo vencimentos de cargo em comissão sem prestar serviços à Municipalidade autoriza, a toda evidência, a volta da sanção prevista na sentença: proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais por 10 (dez) anos.

15. Recurso especial provido (STJ, REsp no. 1.019.555-SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 29.6.2009).

Nesse contexto, afastada a existência de *bis in idem* com eventuais sanções impostas pela infringência às disposições da legislação eleitoral, e por ser o ressarcimento dos danos causados ao Erário mera consequência do reconhecimento do ato de improbidade administrativa, deve ser imposta, ao agravado, ao menos uma das demais sanções previstas no art. 12, III, da Lei no. 8.429/1992.

Ocorre que, por ser tarefa que demanda o exame das circunstâncias fáticas do caso, mostra-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que, levando em conta as premissas estabelecidas acima e com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixe as sanções que entender cabíveis.

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo Regimental. Em consequência, conheço do Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público Federal, e dou-lhe provimento, para, reformando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que aplique, em razão do reconhecimento da configuração de ato de improbidade administrativa, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as sanções cabíveis, previstas na Lei no. 8.429/1992.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.081.743-MG (2008/0180609-3)

Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Márcio Dias Mattos

Recorrido: Jefferson Lopes Oliveira

Advogado: Maria Catarina Dauare Pinho e outro(s)

Recorrido: Edson Vicente de Oliveira

Recorrido: Weliton Teixeira Gandra

Advogado: Mionesi Nogueira

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Improbidade administrativa. Policiais civis. Prisões ilegais. Ofensa aos princípios administrativos. Interesse processual do Ministério Público. Recurso especial provido.

Histórico da demanda

1. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública de improbidade administrativa contra policiais civis que efetuaram prisões ilegais, sem o respectivo mandado judicial, e mantiveram as vítimas detidas por várias horas, desrespeitando suas garantias constitucionais.

2. O Juiz de 1o. Grau assim consignou na sentença: *Diante da conduta dos requeridos, percebe-se que estes ao efetuarem as prisões sem as formalidades de lei praticaram ato que atenta contra os princípios da Administração Pública, compreendendo uma lesão à moralidade administrativa, ato este previsto na legislação supracitada como de improbidade* (fl. 705, grifo acrescentado).

3. Ao reformar a sentença, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a atitude dos policiais foi praticada apenas contra particulares e, assim, posicionou-se no sentido de que o *Parquet* seria carecedor de interesse processual para a Ação de Improbidade. Expressou ainda que, no caso, os policiais só seriam passíveis de punição no âmbito administrativo disciplinar.

In verbis: A prática de ato contra particular não autoriza o manejo da ação civil pública por improbidade administrativa, que deve ser extinta por carência de ação, ao reconhecimento da ausência de interesse processual (fl. 787, grifo acrescentado).

Prisão ilegal e graves violações a direitos humanos:
possibilidade de cumulação de pena disciplinar e
improbidade administrativa

4. Injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais se incluem a tortura e prisões ilegais, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa.

5. Conforme orientação jurisprudencial do STJ, eventual punição administrativa do servidor faltoso não impede a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa, porque os escopos de ambas as esferas são diversos; e as penalidades dispostas na Lei no. 8.429/1992, mais amplas. Precedentes: MS no. 16.183-DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Primeira Seção, DJe 21.10.2013, MS no. 15.054-DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, Terceira Seção, DJe 19.12.2011, MS no. 17.873-DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 2.10.2012, AgRg no AREsp no. 17.974-SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 11.11.2011, MS no. 12.660-DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ-SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014, e MS no. 13.357-DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, DJe 18.11.2013.

Universo dos sujeitos abrangidos pelas sanções da
Lei no. 8.429/1992

6. *A Lei no. 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de*

caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida (REsp no. 1.297.021-PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013).

Universo das vítimas protegidas pela Lei no. 8.429/1992

7. A detida análise da Lei no. 8.429/1992 demonstra que o legislador não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade ímproba para fins de configuração do ato ilícito. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor, pressuposto da boa e correta Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, fenômeno pluriofensivo, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante.

8. Na avaliação do ato de improbidade administrativa, o primordial é verificar se, entre os bens atingidos pela postura do agente público, existe algum vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata a Administração Pública estará vulnerada e o art. 1o. da Lei no. 8.429/1992, plenamente atendido.

Ofensa aos princípios administrativos por policiais civis e militares

9. No caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade e grave atentado a direitos humanos fundamentais. Como resultado, tal postura imprópria tem o condão de afrontar não só a Constituição da República (arts. 1o., III, e 4o., II) e a legislação infraconstitucional, mas também tratados e convenções internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto no. 678/1992). Possibilidade, pois, de responsabilização nas ordens interna e externa.

10. Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, as forças de segurança são vocacionadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. Assim, o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública,

como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a corporação a que pertence de forma imediata.

11. O legislador, ao prever, no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração, a proteção da legitimidade social, da imagem e das atribuições dos entes/entidades estatais. Daí resulta que atividade que atente a esses bens imateriais gravemente tem a potencialidade de ser considerada improbidade administrativa.

12. A prisão ilegal tem ainda outro reflexo jurídico imediato, que é o de gerar obrigação indenizatória ao Estado, nos termos do art. 37, § 6o., da Constituição Federal. Há aí, como consequência, interesse direto da Administração Pública.

Uso ilegal de Bens e Prédios Públicos

13. Na hipótese dos autos, o ato ímprobo está caracterizado quando se constata que as vítimas foram, ilegalmente, privadas de sua liberdade, com uso de viaturas policiais e em *instalações públicas*, ou melhor, *no gaiolão* da Delegacia de Polícia. Afirma o Juiz de 1o. Grau na sentença: ... *foram privados de liberdade tanto que ficaram no 'gaiolão' e somente foram liberados ... graças à chegada da Promotora de Justiça ao local. Os ofendidos deixam claro que tais policiais chegaram a visitá-los no 'gaiolão', (...).* (fls. 702-704, grifo acrescentado).

Conclusão: violência policial arbitrária é ato que viola frontalmente os mais elementares princípios da Administração Pública

14. A violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322 do Código Penal, que integra o Capítulo

I (*Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública, grifo acrescentado*), que por sua vez está inserido no Título XI (*Dos Crimes contra a Administração Pública*), e também nos artigos 3o. e 4o. da Lei no. 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade.

15. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e “justiciamento” –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, também alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial e ao próprio Estado Democrático de Direito.

16. Recurso Especial conhecido e provido para afastar a carência de ação decretada pelo Tribunal *a quo* e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o TJ-MG prossiga no julgamento do Recurso de Apelação em relação aos demais pontos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, dando provimento ao recurso, e o realinhamento de voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Og Fernandes (voto-vista), Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de março de 2015 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, *a*, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cuja ementa é a seguinte (fl. 787):

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ato contra particular. Carência de ação. A prática de ato contra particular não autoriza o manejo da ação civil pública por improbidade administrativa, que deve ser extinta por carência de ação, ao reconhecimento da ausência de interesse processual.

V.V.

Ação civil pública. Ministério Público. Ofensa aos princípios da legalidade e moralidade pública. Ônus da prova. Improbidade administrativa configurada.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 811).

O Ministério Público Mineiro alega violação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Sustenta que os recorridos, policiais civis, efetuaram manifesta prisão ilegal de André Luiz Zacarias e Antônio Valter de Jesus, por prática de furto e vadiagem. E mais, além de as prisões terem sido feitas sem mandado judicial, os recorridos mantiveram os detidos presos por várias horas sem qualquer comunicação à família.

Eis as razões:

O que se extrai das respeitáveis justificativas constantes do voto condutor é que, apesar de a prisão empreendida pelos policiais ter sido ilegal, tal ato não constitui uma improbidade administrativa porque praticado contra um particular, e a lei específica (Lei no. 8.492/1992) trata de condutas praticadas contra a administração pública.

(...)

De fato, não há como admitir-se uma ilegalidade cometida por servidor público, ainda que não se traduza ela em enriquecimento ilícito ou danos ao patrimônio público, sem que se reconheça a ocorrência da improbidade administrativa, pois, em última análise, o funcionário violou um dever de lealdade à instituição à qual pertence, consubstanciando-se, dessa forma, uma lesão ao Estado que serve (fls. 574-575).

Os recorridos Jefferson Lopes Oliveira e Márcio Dias Mattos apresentaram contraminuta às fls. 832-837. Pugnaram pela manutenção do acórdão, nos termos em que proferido.

Os demais Recorridos deixaram transcorrer “em branco” o prazo das contrarrazões (fl. 838).

O Ministério Público Federal se manifestou, às fls. 846-850, pelo conhecimento e provimento do Apelo Nobre, em parecer que recebeu a seguinte ementa:

1. Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Prisão ilegal e Arbitrária praticada por policiais civis contra particulares. Aplicação da Lei no. 8.429/1992.

2. Caracteriza-se, atos de improbidade administrativa no exercício da função pública a restrição da liberdade sem a observância das formalidades legais.

3. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial, reformando-se, o acórdão recorrido para o fim de reconhecer como ímprobos as condutas ilegais praticadas pelos policiais civis (fl. 596).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Quando proferi meu primeiro voto, dei provimento ao Recurso Especial para considerar que a conduta dos agentes públicos, no caso, configuraria, em tese, improbidade administrativa.

O eminente Ministro Mauro Campbell, com o brilhantismo de sempre, abriu a divergência, negando provimento ao Recurso Especial e mantendo o acórdão do Tribunal de origem.

Pedi vista regimental para readequar meu voto e reforçar meu posicionamento.

Passo a meu Voto.

2. Objeto da Ação de Improbidade e do presente REsp

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa contra Welinton Teixeira Gandra, Édson Vicente de Oliveira, Jefferson Lopes Oliveira e Márcio Dias Mattos. Eis os fatos narrados na inicial (fls. 7-9):

Em fevereiro de 2001, foi levado ao conhecimento do Delegado de Polícia desta cidade de Mateus Leme, por meio do Boletim de Ocorrência de no. 302, lavrado pelo 330. BPM, a prática de um crime de furto, com rompimento de obstáculo, ocorrido na marcenaria de propriedade de Claitom G.N.G Zambaldi. Diligências foram determinadas pela autoridade policial, sendo que Welinton Teixeira Gandra recebeu ordem para que tal delito fosse apurado.

Na manhã de 13 de março último, os réus, em viatura da polícia civil, sem disporem de mandado judicial, foram até a casa de André Luiz Zacarias, determinando que os acompanhasse. Levaram-no até a Delegacia de Polícia, onde foi indagado pelos mesmos acerca do furto mencionado. Como o detido negava ser o autor do delito, determinaram que este fosse para os fundos da Delegacia, onde os presos tomam sol, lá permanecendo até o final da tarde sem que lhe fosse dada a oportunidade de entrar em contato com qualquer dos membros de sua família.

Dando sequência à caravana, estiveram também na residência de Anderson Pereira Leal. De armas em punho, e sem que qualquer mandado fosse apresentado, algemaram-no para que fosse levado à Delegacia. Ali foi ouvido pela escrevente a respeito do furto. Depois, foi colocado na “gaiola”, recinto da cadeia pública onde os presos tomam banho de sol, para ser liberado apenas às 16:00 h., sem pudesse avisar qualquer dos familiares sobre o ocorrido.

Tendo recebido tais informações, este órgão de execução oficiou a autoridade policial acerca das notícias, ao que o mesmo respondeu não vislumbrar nenhum abuso de autoridade porquanto teria sido o trio preso em flagrante de vadiagem. Com vistas a justificar o injustificável, ainda fez acompanhar a sua resposta das peças de informação referentes ao já mencionado crime de furto, aduzindo que os mesmos seriam suspeitos de serem os autores, como o fato de serem suspeitos de um crime, autorizasse policiais civis a determinarem e executarem medida privativa de liberdade sem ordem do Poder Judiciário.

Em primeiro grau, houve condenação dos recorridos, com base nos arts. 11, I, e 12, III, da Lei de Improbidade, e o Juiz assim consignou na sentença:

Diante da conduta dos requeridos, percebe-se que estes ao efetuarem as prisões sem as formalidades de lei praticaram ato que atenta contra os princípios da Administração Pública, compreendendo uma lesão à moralidade administrativa, ato este previsto na legislação supracitada como de improbidade. (fl. 705).

O TJ-MG, em voto majoritário, entendeu que, mesmo havendo ilegalidade nas prisões, o caso seria de mera responsabilidade funcional dos policiais, e não de improbidade administrativa. Assim, o feito foi extinto sem resolução do mérito. A fim de melhor ilustrar a posição do Tribunal Mineiro, transcrevo parte do voto vencedor (fls. 788-789):

Não obstante serem os réus servidores públicos, a conduta destes não se revela contra a Administração Pública. Os atos por eles praticados, embora condenáveis, não atentam contra a moralidade administrativa, especificamente no episódio narrado.

Pelo fato de terem efetuado medidas de restrição de liberdade sem observar as formalidades legais, sujeitaram-se os réus a outras punições, não à decorrente de ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Com efeito, prescreve o art. 11, da Lei no. 8.429/1992, que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições,...”. Também o art. 1o., e o próprio preâmbulo da citada lei, limitam o seu âmbito de incidência, ao condicionar a configuração da improbidade administrativa a que o ato praticado pelo agente público tenha a Administração Pública como destinatária, ou mesmo vítima.

No caso dos autos, incorreram os réus em infração funcional, e não em improbidade administrativa, ao efetuar as prisões de forma arbitrária e ilegal.

Fixado o cenário acima, uma consideração prévia é necessária, antes de analisar o foco central do recurso.

Inicialmente, deve-se registrar que aqui só se discute a existência ou não de carência de ação. Isso é relevante, porque o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 846 e ss., oficiou pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reconhecer, de logo, como ímprobos as condutas dos recorridos.

A questão é que o acórdão *a quo* não chegou a debater outros temas que faziam parte da matéria devolvida ao Tribunal de Minas, como a alegada prescrição e a desproporcionalidade na dosimetria da pena. As discussões se fixaram apenas na matéria processual já indicada (carência de ação), mesmo que tangenciando matérias de mérito, de tal maneira que, em termos técnico-processuais, o STJ não tem como avançar no julgamento de outros pontos, levando-se em conta os estreitos limites do Recurso Especial.

Em conclusão, sob pena de supressão de instância, o objeto deste Recurso Especial será voltado apenas à análise da ausência de interesse processual, que diz respeito a se os policiais podem, em tese, responder judicialmente por ato de improbidade.

3. Voto Divergente do e. Ministro Mauro Campbell Marques

O Voto Divergente assim está ementado:

Administrativo. Improbidade administrativa. Prisões ilegais. Leitura dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992 (LIA) à luz do art. 1º do mesmo diploma normativo. Necessidade de dolo na conduta para fins de enquadramento no art. 11 da LIA. Atos voltados diretamente contra particulares. Administração Pública apenas indiretamente afetada pelas condutas reputadas ímprobos. Carência de ação.

1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que extinguiu ação de improbidade administrativa sem resolução de mérito ao argumento de que prisões ilegais (atos reputados ímprobos pelo Ministério Público) seriam atos praticados contra particulares, e não contra a Administração Pública, motivo por que seria caso de entender pela carência de ação.

2. Embora, à primeira vista, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa - LIA possa incidir no caso, em razão da patente ofensa ao princípio da legalidade perpetrada pela conduta dos

recorrentes (restrições à liberdade desacompanhadas de mandado judicial sem que as situações subjacentes pudesse ser enquadradas em qualquer das hipóteses de dispensa de interferência do Judiciário autorizadas pelo ordenamento jurídico), a leitura dos arts. 9o., 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992 deve ser sempre conjugada, por imperativos de hermenêutica, ao que previamente estipula o art. 1o. do mesmo diploma normativo.

3. Diz o referido dispositivo: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei” (negrito acrescentado).

4. Como é de fácil percepção, são dois os requisitos para a aplicação da Lei no. 8.429/1992: (i) atos cometidos por agente público - e esta exigência deve ser lida também com considerações ao art. 3o. da LIA, que inclui no âmbito de incidência deste conjunto de normas também os particulares, desde que participem da conduta, induzindo-a ou para ela concorrendo, ou que dela sejam beneficiários - e (ii) atos praticados contra a Administração Pública (aqui considerada não só a Administração direta e a indireta, como também as empresas incorporadas ao patrimônio público, as entidades para cuja criação ou custeio tenha o erário concorrido e as entidades elencadas no parágrafo único do art. 1o. da LIA).

5. Vê-se, portanto, que são dois requisitos, que, corretamente entendidos, podem ser considerados como subjetivos: o primeiro relacionado ao pólo ativo (relacionado ao agente que comete a conduta supostamente ímproba) e o segundo relacionado ao pólo passivo (relacionado aos órgãos e entidades que suportam o ato reputado ímprobo).

6. A parte recorrente sustenta que as prisões realizadas, além de serem ilegais, maculam a imagem das instituições a que pertencem os agentes públicos, daí porque seria possível dizer que houve conduta contra a Administração Pública.

7. Entende que a lesividade em prejuízo à Administração estaria consubstanciada na inobservância dos princípios da legalidade e da moralidade e do dever de lealdade às instituições. Um tipo, enfim, de rasgo ao patrimônio imaterial da Administração Pública.

8. Ora, trata-se de raciocínio tautológico, inobstante a argumentação seja, em uma olhada inicial, bastante perspicaz e sedutora. É que, conferida essa qualificação jurídica aos fatos, a lei conteria palavras inúteis.

9. Um dos dogmas do Direito Administrativo, desde sempre, é aquele segundo o qual a Administração Pública está vinculada à legalidade. É verdade que mudam os sentidos da legalidade e as intenções por trás desta lição, mas a vinculação da Administração a ela sempre esteve presente no mundo jurídico.

10. Evitando maiores digressões relacionadas à evolução do instituto, é importante destacar que, na atualidade, marcada pela reaproximação entre o Direito e a ética, no mundo filosófico-sociológico, e pela supremacia das normas constitucionais, no mundo jurídico - este fenômeno diretamente decorrente daquele primeiro, uma vez que, as constituições vêm sendo compreendidas como verdadeira tábua axiológica das sociedades que regem -, o princípio da legalidade vem sendo relido para ser reposicionado como princípio da juridicidade.

11. Não se trata de simples mudança de nomenclatura, mas de nova concepção, segundo a qual, mais do que vinculada à lei, a Administração está vinculada à Constituição, e, em relação a esta, de modo primário (quer dizer, no conflito entre Constituição e lei, prevalece a obediência direta à Constituição).

12. Se assim é, torna-se possível afirmar, até com certa segurança, que ter a LIA dito, em seu art. 1o., que, para fins de sua incidência, no pólo ativo da conduta deve estar um agente público já seria suficiente, sem necessidade de maiores reforços, de que a inobservância dos princípios da legalidade, da moralidade e da lealdade às instituições era caminho que levaria inevitavelmente à improbidade administrativa.

13. Desta forma, se um agente público, no exercício da função, matasse um particular, configurado o crime (i.e., devidamente aferidas a tipicidade, a antijuridicidade e culpabilidade da conduta), estaria automaticamente infringido, p. ex., o princípio da legalidade, o que acarretaria, via de consequência, improbidade administrativa.

14. Mas não é assim. A LIA foi além, para exigir que a conduta seja perpetrada contra a Administração Pública (entendida, repise-se, na forma como dispõe o art. 1o., caput e p. ún.). E a esfera da Administração Pública deve ser atingida de forma direta, e não de maneira meramente indireta.

15. Do contrário, a ressalva da Lei no. 8.429/1992 seria inútil, pois, como já demonstrado, estando todo agente público jungido ao princípio da juridicidade, qualquer conduta alheia ao ordenamento jurídico, de forma indireta, atingirá a Administração (seja sob a perspectiva da legalidade, da eticidade ou da lealdade) - até porque, lembre-se que por aplicação da teoria do órgão, a Administração manifesta-se, em última análise, por seus agentes.

16. Aqui entra outro argumento essencial, qual seja, para o enquadramento do ato de improbidade no art. 11 da LIA (que é o que pretende o recorrente), é necessário a presença do dolo, ou seja, a intenção de produzir um resultado ou a assunção do risco neste sentido.

17. Seria, então, factível considerar, à luz do que foi descrito nos autos, que a realização de prisões ilegais perpetradas em face de particulares atingiria de modo direto a esfera da Administração? E mais: os recorridos teriam domínio final, vontade consciente, de realizar as condutas para lesar o patrimônio moral da Administração... enfim, pretenderam intimamente agir de modo a macular a imagem das instituições a que pertencem?

18. A resposta só pode ser negativa. Os atos apontados como ilegais apenas voltaram-se diretamente contra particulares, inclusive, é fato, lesionando-se aspectos ligados à dignidade humana. Trata-se, frise-se, de ilegalidade, por evidente. Mas, como dito antes, qualquer conduta contrária ao ordenamento jurídico será espécie de malferimento ao princípio da juridicidade. É preciso perquirir se, de algum modo, a Administração foi especialmente lesada (material ou imaterialmente, mas de forma direta).

19. A vontade dos agentes foi dirigida à prática da prisões. Nem remotamente o domínio intelectual dos agentes perpassou pela possibilidade de denegrir a imagem da instituição pública. Tem-se, aí, resultado finalístico tão distante do ato inicial que, mesmo objetivamente, não pode ser considerado como inerente à representação da cadeia dos acontecimentos.

20. Portanto, apenas indiretamente as prisões efetuadas podem ser consideradas como atos contra a Administração Pública, razão pela qual, de fato, tal como compreendido pela origem, milita contra a parte recorrente a carência da ação.

21. Digno de nota, por fim, trazer à baila um argumento pragmático - cujas conseqüências, entretanto, não podem ser ignoradas pelo Judiciário.

22. O fato de que as condutas aqui discutidas não configurem improbidade administrativa não as tornam um indiferente jurídico. Ao contrário, em razão da independência das esferas, a recomposição da paz social através da punição da ilegalidade poderá ser alcançada com recomposição cível, instauração de procedimento administrativo disciplinar e, até mesmo, através da tutela penal - embora talvez seja o caso de esta Corte Superior, em outra oportunidade, reavaliar a extensão da independência de instâncias à luz do princípio do *ne bis in idem*.

23. Recurso especial não provido.

Como se percebe da transcrição da ementa acima, o e. Ministro Mauro Campbell entende que só por “raciocínio tautológico” poderia aplicar a LIA a policiais que praticassem, contra particulares, atos de tortura e ofensivos à dignidade da pessoa humana.

Prossegue sua Excelência asseverando que *exigir que a conduta seja perpetrada contra a Administração Pública (entendida, repise-se, na forma como dispõe o art. 1o., caput e p. ún.). E a esfera da Administração Pública deve ser atingida de forma direta, e não de maneira meramente indireta.*

E, retoricamente, indaga: *Seria, então, factível considerar, à luz do que foi descrito nos autos, que a realização de prisões ilegais perpetradas em face de particulares atingiria de modo direto a esfera da Administração? E mais: os recorridos teriam domínio final, vontade consciente, de realizar as condutas para lesar o patrimônio moral da Administração... enfim, pretenderam intimamente agir de modo a macular a imagem das instituições a que pertencem?*

Tudo para concluir:

A resposta só pode ser negativa. Os atos apontados como ilegais apenas voltaram-se diretamente contra particulares, inclusive, é fato, lesionando-se aspectos ligados à dignidade humana. Trata-se, frise-se, de ilegalidade, por evidente. Mas, como dito antes, qualquer conduta contrária ao ordenamento jurídico será espécie de malferimento ao princípio da juridicidade. É preciso perquirir se, de algum modo, a Administração foi especialmente lesada (material ou imaterialmente, mas de forma direta).

A vontade dos agentes foi dirigida à prática das prisões. Nem remotamente o domínio intelectual dos agentes perpassou pela

possibilidade de denegrir a imagem da instituição pública. Tem-se, aí, resultado finalístico tão distante do ato inicial que, mesmo objetivamente, não pode ser considerado como inerente à representação da cadeia dos acontecimentos.

Portanto, apenas indiretamente as prisões efetuadas podem ser consideradas como atos contra a Administração Pública, razão pela qual, de fato, tal como compreendido pela origem, milita contra a parte recorrente a carência da ação.

4. Voto do e. Ministro Og Fernandes acompanhando o Relator

O Ministro Og Fernandes, com seu brilhantismo habitual, assim conclui o seu Voto:

Tomando-se por base a alegativa do Ministério Público, a atitude dos policiais civis em questão não atentou apenas contra três indivíduos, mas, isto sim, atingiu a coletividade, bem como a imagem e a própria legitimidade social da corporação a que pertencem.

Assevera Waldo Fazzio Júnior que o agir que ofende os princípios que informam o Estado Democrático de Direito - no caso, o atentado recai principalmente sobre a cidadania e a dignidade humana - configura ato de improbidade administrativa, entendido no conceito de infração pluriofensiva:

Os atos ilícitos cometidos por servidores contra a Administração ofendem a dignidade administrativa, enquanto dignidade do serviço social; a lealdade administrativa, enquanto préstimo para a cidadania; a fidelidade administrativa, como dever de preservar a confiança de um número indeterminado de pessoas em relação aos que cuidam de seus interesses comuns. Só nesse sentido essas noções têm razão de ser, isto é, objetivamente consideradas, à luz dos princípios que informam o Estado de Direito conforme a tríade: soberania popular, cidadania e dignidade humana.

O consórcio de normas civis e político-administrativas, que é a Lei no. 8.429/1992, protege o exercício probo de potestades administrativas (segundo a legalidade, a moralidade, a imparcialidade, a publicidade e a eficiência), e a segurança do patrimônio público econômico. Apreende, por isso, as improbidades de agentes públicos e terceiros, como ilícitos pluriofensivos.

(FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.)

Com efeito, a prática de prisão ilegal e tortura por agente armado a serviço do Estado é repudiada pela Constituição Federal e por diversos tratados, entre os quais a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, consoante exposto no brilhante voto do em. Relator.

Eventual lesão causada à liberdade do cidadão e à dignidade humana não pode ser apreendida como qualquer violação de princípios administrativos, porquanto a tutela ao núcleo rígido dos direitos fundamentais recebe tratamento especialíssimo, conforme visto acima.

Disso resulta que a ofensa à Administração, no caso, é intrínseca ao cometimento do ato (in re ipsa), uma vez que produz reflexos diretos na imagem, reputação e confiabilidade da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, tanto no âmbito nacional, quanto no exterior.

Ante o exposto, peço licença para acompanhar o Ministro Relator, a fim de dar provimento ao recurso especial.

É como voto.

5. Interesse processual e Legitimidade do Ministério Público

Superado o registro acima, passemos propriamente ao objeto deste Recurso.

No caso, a tese majoritária do TJ-MG está assentada na conclusão de que, se o ato ilegal não é voltado diretamente contra a Administração Pública, não se pode falar em ato ímprobo, mas, sim, em mera responsabilização funcional, nos termos das leis disciplinares.

Já aqui é importante salientar que, conforme orientação jurisprudencial do STJ, a eventual punição administrativa do servidor faltoso não impede a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa. Este Tribunal Superior entende que os âmbitos de incidência dos respectivos diplomas são diversos e as penalidades dispostas na Lei de Improbidade mais amplas. Nesse sentido, aponto:

Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar. Demissão. Improbidade administrativa.

A Lei no. 8.429, de 1992, não revogou o art. 132, IV, da Lei no. 8.112, de 1990, que prevê a demissão de servidor público flagrado em falta funcional assimilada à improbidade administrativa. A punição, mesmo que implique a demissão, se dá no âmbito do processo disciplinar, ainda que se trate de improbidade administrativa.

O poder disciplinar não se confunde com as medidas judiciais, previstas na Lei no. 8.429, de 1992, que também visam penalizar a improbidade administrativa, mas com alcance mais amplo.

Ordem denegada.

(MS 16.183/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Primeira Seção, DJe 21.10.2013) (grifei).

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Infração disciplinar grave. Ato de improbidade. Contratação direta sem licitação para desenvolvimento de projeto de pesquisa. Demissão aplicada em processo administrativo.

Infração disciplinar grave que constitui ato de improbidade é causa de demissão independente de processo judicial prévio.

Independência das instâncias administrativa e instância judicial civil e penal.

O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar por improbidade, e assim a necessidade ou não de prévia ação judicial, é a natureza da infração, pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo regime jurídico próprio enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, no interesse da preservação e integridade do patrimônio público.

Quando o ato do servidor é ato típico de improbidade em sentido estrito tipificado nos arts. 9o., 10 ou 11 da Lei no. 8.492/1992 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas, além da demissão, a investigação prévia deve ser judicial. As improbidades não previstas ou fora dos limites da lei de improbidade ainda quando se recomende a demissão, sujeitam-se à lei estatutária, prevalecendo portanto o art. 132, IV da Lei no. 8.112/1990.

Caso em que o servidor desatendeu regra de administração caracterizando comportamento infringente da disciplina estatutária.

Falta grave que justifica a demissão.

Precedentes do STF que não ficam desautorizados pelo acórdão no MS no. 24.699-DF (Eros Grau, 1a. Turma) em sentido contrário. Precedentes da 3a. Seção do STJ unânimes.

Mandado de Segurança denegado, cassada a medida liminar.

(MS 15.054/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, Terceira Seção, DJe 19.12.2011) (grifei).

Administrativo. Servidor público. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Independência das esferas administrativa e penal.

1. *Pacificou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a esfera administrativa só se subordina à penal na hipótese de sentença criminal absolutória que reconheça a não-ocorrência do fato ou negue a sua autoria, o que não é o caso dos autos, em que a absolvição veio lastreada no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal, ou seja, por insuficiência de provas.*

2. *Impõe-se considerar que, na esfera administrativa, restou devidamente comprovada a existência de prática dolosa de infração administrativa, consistente no validamento do cargo para lograr interesse pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, pois o impetrante propiciou proveito à empresa Navegação Mansur S/A, ao deixar de constituir regularmente créditos relativos a contribuições previdenciárias devidas, bem como de emitir Representação Fiscal para fins penais por indícios de crime contra a Previdência Social.*

3. *Embora possam se originar a partir do mesmo fato ilícito, a aplicação de penalidade de demissão realizada no Processo Administrativo Disciplina decorreu da aplicação da Lei no. 8.112/1990 (arts. 116, II, e 117, IX), e, de forma alguma, confunde-se com a ação de improbidade administrativa, processada perante o Poder Judiciário, a quem incumbe a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/1992.*

4. *Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.*

(MS 17.873/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 2.10.2012) (grifei).

Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Vereador

que nomeia funcionários sob condição de entrega de parte de seus salários. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Omissão de matéria constitucional. Impossibilidade de aferição em recurso especial. Art. 935 do CC e art. 66 do CPP. Não dependência da ação de improbidade administrativa em relação à ação penal. Não declaração de inexistência do fato ou de negativa de autoria. Precedentes. Arts. 9o. e 12 da Lei no. 8.429/1992. Enriquecimento ilícito consignado pelo Tribunal de origem. Impossibilidade de revisão das penalidades aplicadas. Reexame fático-probatório. Súmula no. 7-STJ.

1. Hipótese na qual se discute ato de improbidade administrativa decorrente da apropriação, pelo vereador, de parte dos salários dos funcionários de seu gabinete.

2. O Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, consignou ter havido enriquecimento ilícito, porquanto o requerido, “no período de março de 1.996 a dezembro de 1.997 auferiu vantagem patrimonial indevida (.....)conduta ímproba capitulada no caput do art. 9o. da Lei no. 8.429/1992”.

3. Cabe afastar a alegada nulidade do acórdão recorrido por omissão quanto à comprovação do enriquecimento ilícito, pois o tribunal de origem consignou expressamente que o recorrente “auferiu vantagem patrimonial indevida”, não sendo obrigado, por outro lado, a enfrentar meros aspectos ou questões da lide, os quais ficam, implicitamente rejeitados.

4. Não se confundem pontos da lide, pretensões resistidas, com argumentos da parte, e uma vez tendo o acórdão consignado qual o direito aplicável para solução do caso concreto a prestação jurisdicional foi entregue.

5. Quanto à suposta omissão sobre o art. 37 da CF, sob o argumento de que a Lei no. 8.429/1992 extrapolou o limite regulamentar quando estabeleceu outras duas penas não previstas na Lei Maior, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, a pretexto de examinar suposta ofensa ao art. 535, II, do CPC, aferir a existência de omissão do Tribunal de origem acerca de matéria constitucional, sob pena de usurpar a competência reservada à Suprema Corte.

6. Quanto à alegada violação dos arts. 935 do CC e 66 do CPP, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento reinante no STJ, de que, não havendo sentença penal que declare a inexistência do fato ou a negativa de autoria, remanesce a independência

das esferas penal, cível e administrativa, permitindo-se que a Administração imponha ao servidor a pena de demissão, pois não há interferência daquelas premissas no âmbito da ação por improbidade administrativa.

7. Acerca dos arts. 9o. e 12 da LIA, uma vez tendo a instância ordinária asseverado haver dano ao erário ou enriquecimento ilícito no caso concreto, rever esta conclusão a fim de desconstituir a ocorrência de prejuízo esbarra na Súmula no. 7 desta Corte Superior.

8. Da mesma forma, as penas fixadas em juízo de proporcionalidade e com base em critérios como a extensão do dano elou o proveito patrimonial obtido pelo agente não pode ser revista por esta Corte em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula no. 7 do STJ.

9. Ademais, o entendimento desta Corte é de que, caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações.

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 17.974/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 11.11.2011) (grifei).

Mandado de segurança. Servidor público. Auditor da Receita Federal do Brasil. Cassação de aposentadoria. Improbidade administrativa. Nulidades do PAD não configuradas. Ausência de prova pré-constituída. Impossibilidade de dilação probatória. Poder Judiciário. Competência para aferir a regularidade do procedimento e legalidade da demissão. Sanções disciplinares da Lei no. 8.112/1990. Aplicação. Independência em relação às penalidades da LIA. Trânsito em julgado da ação de improbidade. Desnecessidade. Variação patrimonial a descoberto. Licitude da evolução. Ônus do investigado. Conduta ímproba não precisa estar vinculada ao exercício do cargo. Art. 11 da Lei no. 8.429/1992. Dolo genérico. Falta de transparência e apresentação de declarações de bens falsas. Conduta que se amolda na hipótese de cassação de aposentadoria. Discricionariedade administrativa inexistente. Direito líquido e certo não configurado.

- Não há falar em nulidade do Processo Administrativo Disciplinar.

a) A quebra do sigilo bancário se deu após a instauração do Processo Administrativo Disciplinar no. 10768.005194/2003-72 e mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3o., § 1o. da Lei Complementar no. 105, de 10.1.2001.

b) Quanto ao sigilo fiscal, ao que se tem, foram emitidos mandados de procedimento, ao contrário do afirmado. Consoante o art. 198, § 1o., II, do CTN, com a redação dada pela LC no. 104/2001, desde que instaurado processo administrativo, com o objetivo de investigar o servidor pela prática de infração administrativa, os dados fiscais podem ser divulgados, de forma fundamentada e reservada, como ocorreu in casu.

c) No que se refere à indevida utilização da Portaria COGER no. 007, de 28.1.2003, anoto que carece a impetração de prova do direito líquido e certo alegado, porquanto inexistem elementos pré-constituídos de que o Procedimento Administrativo Disciplinar no. 10768.005194/2003-72 tenha sido instaurado originalmente pela Portaria COGER no. 07/2003, bem como de que o impetrante não fazia parte do rol de investigados naquele outro PAD (PROPINODUTO I).

d) Também não se verificou o alegado cerceamento de defesa, a autoridade coatora se negou a deferir a prova pericial, em razão do seu intuito protelatório e considerando a impossibilidade de sua realização sobre fatos já comprovados por provas documentais. Há relato de que foi entregue ao acusado documento com a exposição de motivos do indeferimento do pleito.

- O STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito administrativo, mas somente aferir a regularidade do procedimento e a legalidade do ato de demissão.

- Orienta-se esta Corte no sentido de que as sanções disciplinares previstas na Lei no. 8.112/1990 são independentes em relação às penalidades previstas na LIA, não havendo necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa para aplicação das penas de demissão ou de cassação de aposentadoria.

- Restou comprovado no Processo Administrativo Disciplinar a existência de variação patrimonial a descoberto e que o indiciado não conseguiu comprovar a origem desse patrimônio. É do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração. Precedentes.

- A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar necessariamente vinculada com o exercício do cargo público.

Precedente.

- É entendimento deste Tribunal o de que os atos de improbidade administrativa, descritos no art. 11, caput, da Lei no. 8.429/1992,

dependem da presença de dolo genérico, ou seja, dispensam a demonstração de ocorrência de dano para a administração pública ou enriquecimento ilícito do agente.

- No caso dos autos, o dolo se configura pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, principalmente se considerado que foram apresentadas declarações de bens falsas, referentes aos anos calendários sob exame.

- Esta Corte firmou orientação no sentido de que a Administração Pública, quando se vê diante de situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão e de cassação de aposentadoria de servidor público, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa.

Segurança denegada.

(MS 12.660/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014) (grifei).

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Demissão. Nulidade do processo administrativo disciplinar. Inexistência. Exercício de atividades incompatíveis com o cargo e com o horário. Apresentação de atestados médicos irregulares ao órgão público. Comprovação do exercício de atividade laboral em instituições privadas durante o período de licença médica. Exercício de gerência de empresa. Subsunção dos fatos aos dispositivos que configuram infrações passíveis de demissão.

1. A penalidade de demissão decorreu da configuração das infrações indicadas, comprovadas nos autos do processo administrativo disciplinar, diante de todo o lastro probatório produzido pela comissão processante.

2. Tendo a penalidade decorrido da comprovação, nos autos do processo administrativo disciplinar, da infração administrativa perpetrada pelo servidor e constando do relatório da comissão processante que embasou a portaria demissória os motivos (fatos, provas e fundamentos) que justificaram a penalidade aplicada pela autoridade julgadora, não há falar em falta de motivação ou nulidade do processo administrativo.

3. Diante da comprovação da conduta prevista no art. 132, IV e XII, c/c o art. 117, X, da Lei no. 8.112/1990 (participar de gerência ou administração de sociedade privada ou exercer comércio, exceto como acionista, cotista ou comendatário), outra não poderia ser a penalidade aplicada, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, motivo pelo qual não há falar em pena administrativa desproporcional.

4. É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a infração disciplinar que configura ato de improbidade acarreta demissão, independentemente de ação judicial prévia, consequência direta da independência das esferas administrativa, civil e penal.

5. O julgamento da autoridade julgadora, fundado no lastro probatório constante dos autos do processo administrativo disciplinar, mostra-se em consonância com os princípios legais e constitucionais, inexistindo qualquer nulidade.

6. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (Súmula Vinculante no. 5-STF).

7. A extrapolação do prazo em processos administrativos disciplinares não enseja a nulidade do feito quando não demonstrado prejuízo à defesa.

8. A Terceira Seção desta Corte já se manifestou no sentido de que o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não é causa de sua nulidade quando não demonstrado prejuízo à defesa do servidor (MS no. 8.928/DF, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, DJe 7.10.2008).

9. Segurança denegada.

(MS 13.357/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, DJe 18.11.2013) (grifei).

Diante desse contexto, mesmo que exista a responsabilização funcional no âmbito meramente disciplinar, a discussão do assunto no âmbito judicial se apresenta legítima, uma vez que ela é o meio próprio e exclusivo para a aplicação das penas previstas na Lei no. 8.429/1992.

Por isso, o acórdão *a quo* contrariou a orientação jurisprudencial do STJ.

Sob outro enfoque, e agora já adentrando no ponto mais importante de debate, entendo que a análise do ato veiculado na presente ação, nos

termos em que feito pelo Tribunal *a quo*, simplificou o fenômeno da improbidade.

No início das disposições da Lei no. 8.429/1992, o legislador estabeleceu premissa que deve orientar o agente público em toda a sua atividade, a saber:

Art. 4o. Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Em reforço, o art. 11, I, da mesma Lei, reitera que configura improbidade a violação a qualquer princípio da administração, bem como a deslealdade às instituições, notadamente a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento. Eis o texto legal:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência - por parte de agentes públicos - ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade.

Com base nessas premissas, a Segunda Turma já teve oportunidade de decidir que *A Lei no. 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida* (REsp no. 1.297.021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013).

É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque *não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada*

e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9o. e 11 da Lei no. 8.429/1992, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10 (AIA no. 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 28.9.2011). Isso, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo.

De qualquer maneira, a detida análise da Lei no. 8.429/1992 demonstra que o legislador, ao dispor sobre o assunto, não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade desonesta para fins de configuração do ato como ímprobo. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor e o bem comum, que é o fim último da Administração Pública.

Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, um fenômeno pluriofensivo. Ou seja, ele pode atingir bens jurídicos diversos.

De fato, o ato que apenas atinge bem privado e individual jamais terá a qualificação de ímprobo, nos termos do ordenamento em vigor. O mesmo não ocorre, entretanto, com o ato que atinge bem/interesse privado e público ao mesmo tempo. Aqui, sim, haverá potencial ocorrência de ato de improbidade.

Por isso, o primordial é verificar se, entre todos os bens atingidos pela postura do agente, existe algum que seja vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública estará atingida de forma concomitante. Reza o art. 1o. da Lei no. 8.429/1992:

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

No caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade praticada por policiais civis, que, em tese, pode ter significado gravíssimo atentado contra direitos humanos.

Com base nessa constatação, várias ilações surgem de forma consequente.

O respeito aos direitos fundamentais, para além de mera acepção individual, é fundamento da nossa República, conforme o art. 1o., III, da Constituição Federal, e é objeto de preocupação permanente da Administração Pública, de maneira geral.

De tão importante, a prevalência dos direitos humanos, na forma em que disposta no inciso II do art. 4o. da CF/1988, é vetor de regência da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Não por outra razão, inúmeros são os tratados e convenções assinados pelo nosso Estado a respeito do tema.

Dentre vários, lembro aqui que a Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada via o Decreto no. 678/1992), já no seu art. 1o., dispõe explicitamente que os Estados signatários são obrigados a respeitar as liberdades públicas, a saber:

Artigo 1o. - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

E, de forma mais eloquente, os arts. 5o. e 7o. da referida Convenção reforçam as suas disposições introdutórias ao prever:

Artigo 5o. - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

....

Artigo 7o. - Direito à liberdade pessoal

- 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
- 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
- 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.*
- 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.*
- 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*
- 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*

A essas previsões, oportuno ressaltar que o art. 144 da Constituição Federal é taxativo sobre as atribuições gerais das forças de segurança na missão de proteger os direitos e garantias acima:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;*
- II - polícia rodoviária federal;*
- III - polícia ferroviária federal;*

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Se assim é, parece-me que, no caso de prisões manifestamente ilegais, as vítimas não são apenas aquelas pessoas que sofreram a restrição indevida de liberdade.

Isso seria reduzir demais o fenômeno ocorrido!

Injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais a tortura e prisões ilegais, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa.

Essas práticas ofendem diretamente a Administração Pública, porque o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a integridade física, psíquica e moral de todos, sob pena de inúmeros reflexos jurídicos, inclusive na ordem internacional.

Pondere-se que o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a própria corporação a que pertence de forma imediata.

Neste ponto, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa.

A detida análise da Lei no. 8.429/1992 demonstra que o legislador não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade ímproba para fins de configuração do ato ilícito. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor, pressuposto da boa e correta Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, fenômeno pluriofensivo, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante.

Na avaliação do ato de improbidade administrativa, o primordial é verificar se, entre os bens atingidos pela postura do agente público, existe algum vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata a Administração Pública estará vulnerada e o art. 1o. da Lei no. 8.429/1992, plenamente atendido.

Afora isso, as prisões ilegais têm outro reflexo jurídico imediato. Ao agir de tal forma, o agente público cria, de maneira praticamente automática, uma obrigação ao Estado, que é o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6o., da Constituição Federal.

Não há, pois, como afastar a constatação de que prisões ilegais, além de atingirem a incolumidade física e mental do preso, repercutem diretamente no âmbito de interesse do Poder Público.

Numa análise mais pragmática, exemplifico o perigo de se analisar o fenômeno da improbidade de forma apenas compartimentada.

Vamos imaginar a seguinte hipótese. Um servidor resolve “cobrar propina” para praticar um ato que já teria de executar de qualquer forma, porque recebera previamente ordem direta do chefe para tanto. Não obstante, resolve se valer da fragilidade de um cidadão e, com o intuito de obter vantagem financeira deste, lhe cobra uma propina.

Note-se que o desfalque patrimonial em si não é sofrido pela Administração. Além disso, a obtenção do recurso privado é o que o agente público visou de forma mais imediata naquela situação hipotética.

Ora, se formos enxergar o ato acima apenas sob o enfoque do objetivo mais direto do autor, poderemos chegar ao ponto de não considerá-lo como ímprobo.

Com base nisso, tenho a convicção de que o fenômeno da improbidade não pode ser visto por prisma meramente reducionista. Os atos tidos como ímprobos, complexos que são no mais das vezes, devem ser enxergados de forma ampla, porque podem atingir bens jurídicos diversos de forma concomitante, ainda que possa existir certa gradação relativa aos objetivos imediatos do autor.

Nesse cenário, atentados contra a liberdade individual, afora repercussões nas esferas penal e disciplinar, podem sim configurar a prática de improbidade, porque, em sendo pluriofensivos, também atingem a própria Administração Pública.

Enfim, no caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade e grave atentado a direitos humanos fundamentais. Como resultado, tal postura imprópria tem o condão de afrontar não só a Constituição da República (arts. 1o., III, e 4o., II) e a legislação infraconstitucional, mas também tratados e convenções internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto no. 678/1992). Possibilidade, pois, de responsabilização nas ordens interna e externa.

O legislador, ao prever, no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração, a proteção da legitimidade social, da imagem e das atribuições dos entes/entidades estatais. Daí resulta que atividade que atente a esses bens imateriais gravemente tem a potencialidade de ser considerada improbidade administrativa.

A prisão ilegal tem ainda outro reflexo jurídico imediato, que é o de gerar obrigação indenizatória ao Estado, nos termos do art. 37, § 6o., da Constituição Federal. Há aí, como consequência, interesse direto da Administração Pública.

Na hipótese dos autos, o ato ímprobo está caracterizado quando se constata que as vítimas foram, ilegalmente, privadas de sua liberdade, com uso de viaturas policiais e em *instalações públicas*, ou melhor, *no gaiolão* da Delegacia de Polícia. Afirma o Juiz de 1o. Grau na sentença: ... *foram privados de liberdade tanto que ficaram no 'gaiolão' e somente foram liberados ... graças à chegada da Promotora de Justiça ao local. Os ofendidos deixam claro que tais policiais chegaram a visitá-los no 'gaiolão', (...).* (fls. 702-704, grifo acrescentado).

Por fim, violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322, do Código Penal, que integra o Capítulo I (*Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública, grifo acrescentado*), que por sua vez está inserido no Título XI (*Dos Crimes contra a Administração Pública*), e também nos artigos 3o. e 4o. da Lei no. 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade.

Em síntese, *atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e “justiciamento”* –, *afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, também alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial e ao próprio Estado Democrático de Direito.*

Em conclusão, no caso concreto, é evidente que as disposições do art. 11 da Lei no. 8.429/1992 foram violadas.

4. Conclusão

Forte nas razões acima, conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento para afastar a carência de ação decretada pelo Tribunal *a quo* e determinar o retorno dos autos à origem, com o intuito de viabilizar a continuidade do julgamento do Recurso de Apelação em relação aos demais pontos.

Observo, finalmente, que, na sessão de 24 de março de 2015, o eminente Ministro Mauro Campbell reposicionou-se, acompanhando o Voto do Relator, daí porque desnecessário analisar e rebater, ponto por ponto, os argumentos trazidos no Voto divergente de sua Excelência, originalmente apresentado.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Administrativo. Improbidade administrativa. Prisões ilegais. Leitura dos arts. 9º., 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992 (LIA) à luz do art. 1º. do mesmo diploma normativo. Necessidade de dolo na conduta para fins de enquadramento no art. 11 da LIA. Atos voltados *diretamente* contra particulares. Administração Pública apenas *indiretamente* afetada pelas condutas reputadas ímprobas. Carência de ação.

1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que extinguiu ação de improbidade administrativa sem resolução de mérito ao argumento de que prisões ilegais (atos reputados

ímprobos pelo Ministério Público) seriam atos praticados contra particulares, e não contra a Administração Pública, motivo por que seria caso de entender pela carência de ação.

2. Embora, à primeira vista, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa - LIA possa incidir no caso, em razão da patente ofensa ao princípio da legalidade perpetrada pela conduta dos recorrentes (restrições à liberdade desacompanhadas de mandado judicial sem que as situações subjacentes pudesse ser enquadradas em qualquer das hipóteses de dispensa de interferência do Judiciário autorizadas pelo ordenamento jurídico), a leitura dos arts. 9o., 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992 deve ser sempre conjugada, por imperativos de hermenêutica, ao que previamente estipula o art. 1o. do mesmo diploma normativo.

3. Diz o referido dispositivo: *Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei* (negrito acrescentado).

4. Como é de fácil percepção, são dois os requisitos para a aplicação da Lei no. 8.429/1992: (i) atos cometidos por agente público - e esta exigência deve ser lida também com considerações ao art. 3o. da LIA, que inclui no âmbito de incidência deste conjunto de normas também os particulares, desde que participem da conduta, induzindo-a ou para ela concorrendo, ou que dela sejam beneficiários - e (ii) atos praticados contra a Administração Pública (aqui considerada não só a Administração direta e a indireta, como também as empresas incorporadas ao patrimônio público, as entidades para cuja criação ou custeio tenha o erário concorrido e as entidades elencadas no parágrafo único do art. 1o. da LIA).

5. Vê-se, portanto, que são dois requisitos, que, corretamente entendidos, podem ser considerados como subjetivos: o primeiro relacionado ao pólo ativo (relacionado ao agente que comete a conduta supostamente ímproba) e o segundo relacionado ao pólo passivo (relacionado aos órgãos e entidades que suportam o ato reputado ímprobo).

6. A parte recorrente sustenta que as prisões realizadas, além de serem ilegais, maculam a imagem das instituições a que pertencem os agentes públicos, daí porque seria possível dizer que houve conduta contra a Administração Pública.

7. Entende que a lesividade em prejuízo à Administração estaria consubstanciada na inobservância dos princípios da legalidade e da moralidade e do dever de lealdade às instituições. Um tipo, enfim, de rasgo ao patrimônio imaterial da Administração Pública.

8. Ora, trata-se de raciocínio tautológico, inobstante a argumentação seja, em uma olhada inicial, bastante perspicaz e sedutora. É que, conferida essa qualificação jurídica aos fatos, a lei conteria palavras inúteis.

9. Um dos dogmas do Direito Administrativo, desde sempre, é aquele segundo o qual a Administração Pública está vinculada à legalidade. É verdade que mudam os sentidos da legalidade e as intenções por trás desta lição, mas a vinculação da Administração a ela sempre esteve presente no mundo jurídico.

10. Evitando maiores digressões relacionadas à evolução do instituto, é importante destacar que, na atualidade, marcada pela reaproximação entre o Direito e a ética, no mundo filosófico-sociológico, e pela supremacia das normas constitucionais, no mundo jurídico - este fenômeno diretamente decorrente daquele primeiro, uma vez que, as constituições vêm sendo compreendidas como verdadeira tábua axiológica das sociedades que regem -, o princípio da legalidade vem sendo relido para ser reposicionado como princípio da juridicidade.

11. Não se trata de simples mudança de nomenclatura, mas de nova concepção, segundo a qual, mais do que vinculada

à lei, a Administração está vinculada à Constituição, e, em relação a esta, de modo primário (quer dizer, no conflito entre Constituição e lei, prevalece a obediência direta à Constituição).

12. Se assim é, torna-se possível afirmar, até com certa segurança, que ter a LIA dito, em seu art. 1o., que, para fins de sua incidência, no pólo ativo da conduta deve estar um agente público já seria suficiente, sem necessidade de maiores reforços, de que a inobservância dos princípios da legalidade, da moralidade e da lealdade às instituições era caminho que levaria inevitavelmente à improbidade administrativa.

13. Desta forma, se um agente público, no exercício da função, matasse um particular, configurado o crime (i.e., devidamente aferidas a tipicidade, a antijuridicidade e culpabilidade da conduta), estaria automaticamente infringido, p. ex., o princípio da legalidade, o que acarretaria, via de consequência, improbidade administrativa.

14. Mas não é assim. A LIA foi além, para exigir que a conduta seja perpetrada contra a Administração Pública (entendida, repise-se, na forma como dispõe o art. 1o., *caput* e p. ún.). E *a esfera da Administração Pública deve ser atingida de forma direta*, e não de maneira meramente indireta.

15. Do contrário, a ressalva da Lei no. 8.429/1992 seria inútil, pois, como já demonstrado, estando todo agente público jungido ao princípio da juridicidade, qualquer conduta alheia ao ordenamento jurídico, *de forma indireta*, atingirá a Administração (seja sob a perspectiva da legalidade, da eticidade ou da lealdade) - até porque, lembre-se que por aplicação da teoria do órgão, a Administração manifesta-se, em última análise, por seus agentes.

16. Aqui entra outro argumento essencial, qual seja, para o enquadramento do ato de improbidade no art. 11 da LIA (que é o que pretende o recorrente), é necessário a presença do *dolo*, ou seja, a intenção de produzir um resultado ou a assunção do risco neste sentido.

17. Seria, então, factível considerar, à luz do que foi descrito nos autos, que a realização de prisões ilegais perpetradas

em face de particulares atingiria de modo direto a esfera da Administração? E mais: os recorridos teriam domínio final, vontade consciente, de realizar as condutas para lesar o patrimônio moral da Administração... enfim, pretenderam intimamente agir de modo a macular a imagem das instituições a que pertencem?

18. A resposta só pode ser negativa. Os atos apontados como ilegais apenas voltaram-se *diretamente* contra particulares, inclusive, é fato, lesionando-se aspectos ligados à dignidade humana. Trata-se, frise-se, de ilegalidade, por evidente. Mas, como dito antes, qualquer conduta contrária ao ordenamento jurídico será espécie de malferimento ao princípio da juridicidade. É preciso perquirir se, de algum modo, a Administração foi especialmente lesada (material ou imaterialmente, mas de forma direta).

19. A vontade dos agentes foi dirigida à prática da prisões. Nem remotamente o domínio intelectual dos agentes perpassou pela possibilidade de denegrir a imagem da instituição pública. Tem-se, aí, resultado finalístico tão distante do ato inicial que, mesmo objetivamente, não pode ser considerado como inerente à representação da cadeia dos acontecimentos.

20. Portanto, apenas *indiretamente* as prisões efetuadas podem ser consideradas como atos contra a Administração Pública, razão pela qual, de fato, tal como compreendido pela origem, milita contra a parte recorrente a carência da ação.

21. Digno de nota, por fim, trazer à baila um argumento pragmático - cujas conseqüências, entretanto, não podem ser ignoradas pelo Judiciário.

22. O fato de que as condutas aqui discutidas não configurem improbidade administrativa não as tornam um indiferente jurídico. Ao contrário, em razão da independência das esferas, a recomposição da paz social através da punição da ilegalidade poderá ser alcançada com recomposição cível, instauração de procedimento administrativo disciplinar e, até mesmo, através da tutela penal - embora talvez seja o caso de esta Corte Superior, em outra oportunidade, reavaliar a extensão

da independência de instâncias à luz do princípio do *ne bis in idem*.

23. Recurso especial não provido.

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo ente federativo assim ementado (fl. 540):

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ato contra particular. Carência de ação. A prática de ato contra particular não autoriza o manejo da ação civil pública por improbidade administrativa, que deve ser extinta por carência de ação, ao reconhecimento da ausência de interesse processual.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 562).

Nas razões recursais (fls. 568/578), sustenta o recorrente ter havido violação ao art. 11 da Lei no. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa ou, simplesmente, LIA), ao argumento de que, embora reconhecendo a ilegalidade da conduta dos recorridos, a origem deixou de aplicar as sanções do art. 12, inc. III, do mencionado diploma normativo.

Contra-razões às fls. 582/587.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial.

Tendo subido os autos, após devidamente distribuídos e analisados, o Min. Herman Benjamin, relator, entendeu por prover a irresignação especial. Sustentou, para tanto, que, *uma conduta praticada por um servidor público que seja arbitrária e ilegal é certamente passível de ser caracterizada como improbidade administrativa por violar a lei e o dever de lealdade à instituição a que pertencem.*

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a demanda, considerando a magnitude das conseqüências que podem derivar de um precedente que passe sem maiores discussão por esta Corte Superior. Adianto, com vênias ao relator, que dele discordarei.

É que, embora, à primeira vista, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa - LIA possa incidir no caso, em razão da patente ofensa ao princípio da legalidade perpetrada pela conduta dos recorrentes (restrições à liberdade desacompanhadas de mandado judicial sem que as situações subjacentes pudesse ser enquadradas em qualquer das hipóteses de dispensa de interferência do Judiciário autorizadas pelo ordenamento jurídico), *a leitura dos arts. 9o., 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992 deve ser sempre conjugada, por imperativos de hermenêutica, ao que previamente estipula o art. 1o. do mesmo diploma normativo.*

Diz o referido dispositivo (negrito acrescentado):

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Como é de fácil percepção, são dois os requisitos para a aplicação da Lei no. 8.429/1992: (i) atos cometidos por “agente público” - e esta exigência deve ser lida também com considerações ao art. 3o. da LIA, que inclui no âmbito de incidência deste conjunto de normas também os particulares, desde que participem da conduta, induzindo-a ou para ela concorrendo, ou que dela sejam beneficiários - e (ii) atos praticados contra a Administração Pública (aqui incluída não só a Administração direta e a indireta, como também as empresas incorporadas ao patrimônio público, as entidades para cuja criação ou custeio tenha o erário concorrido e as entidades elencadas no parágrafo único do art. 1o. da LIA).

Vê-se, portanto, que são dois requisitos, que, corretamente entendidos, podem ser considerados como subjetivos: o primeiro relacionado ao pólo ativo (relacionado ao agente que comete a conduta supostamente ímproba) e o segundo relacionado ao pólo passivo (relacionado aos órgãos e entidades que suportam o ato reputado ímprobo).

Pois bem. A parte recorrente (e também o Min. Herman Benjamin) sustenta que as prisões realizadas, além de serem ilegais, maculam a

imagem das instituições a que pertencem os agentes públicos, daí porque seria possível dizer que houve conduta contra a Administração Pública.

Entendem ambos que a lesividade em prejuízo à Administração estaria consubstanciada na inobservância dos princípios da legalidade e da moralidade e do dever de lealdade às instituições. Um tipo, enfim, de rasgo ao patrimônio imaterial da Administração Pública.

Ora, parece-me que se trata de raciocínio tautológico, inobstante a argumentação seja, em uma olhada inicial, bastante perspicaz e sedutora - como, de resto, é a marca dos votos do e. relator. É que, conferida essa qualificação jurídica aos fatos, a lei conteria palavras inúteis. Explico.

Um dos dogmas do Direito Administrativo, desde sempre, é aquela segundo a qual a Administração Pública está vinculada à legalidade. É verdade que mudam os sentidos da legalidade e as intenções por trás desta lição, mas a vinculação da Administração a ela sempre esteve presente no mundo jurídico.

Poupando-me de maiores digressões relacionadas à evolução do instituto, penso que é importante destacar que, na atualidade, marcada pela reaproximação entre o Direito e a ética, no mundo filosófico-sociológico, e pela supremacia das normas constitucionais, no mundo jurídico - este fenômeno diretamente decorrente daquele primeiro, uma vez que, as constituições vêm sendo compreendidas como verdadeira tábua axiológica das sociedades que regem -, o princípio da legalidade vem sendo relido para ser reposicionado como princípio da juridicidade.

Não se trata de simples mudança de nomenclatura, mas de nova concepção, segundo a qual, mais do que vinculada à lei, a Administração está vinculada à Constituição, e, em relação a esta, de modo primário (quer dizer, no conflito entre Constituição e lei, prevalece a obediência direta à Constituição).

Se assim é, torna-se possível afirmar, até com certa segurança, que ter a LIA dito, em seu art. 1o., que, para fins de sua incidência, no pólo ativo da conduta deve estar um agente público já seria suficiente, sem necessidade de maiores reforços, de que a inobservância dos princípios da legalidade, da moralidade e da lealdade às instituições era caminho que levaria inevitavelmente à improbidade administrativa.

Desta forma, se um agente público, no exercício da função, matasse um particular, configurado o crime (i.e., devidamente aferidas

a tipicidade, a antijuridicidade e culpabilidade da conduta), estaria automaticamente infringido, p. ex., o princípio da legalidade, o que acarretaria, via de consequência, improbidade administrativa.

Mas não é assim. A LIA foi além, para exigir que a conduta seja perpetrada contra a Administração Pública (entendida, repise-se, na forma como dispõe o art. 1º., *caput* e p. ún.). E *a esfera da Administração Pública deve ser atingida de forma direta*, e não de maneira meramente indireta.

Do contrário, a ressalva da Lei no. 8.429/1992 seria inútil, pois, como já demonstrado, estando todo agente público jungido ao princípio da juridicidade, qualquer conduta alheia ao ordenamento jurídico, *de forma indireta*, atingirá a Administração (seja sob a perspectiva da legalidade, da eticidade ou da lealdade) - até porque, lembre-se que por aplicação da teoria do órgão, a Administração manifesta-se, em última análise, por seus agentes.

Aqui entra outro argumento que reputo essencial, qual seja, para o enquadramento do ato de improbidade no art. 11 da LIA (que é o que pretende o recorrente), é necessário a presença do *dolo*, ou seja, a intenção de produzir um resultado ou a assunção do risco neste sentido.

Fico pensando se seria factível considerar, à luz do que foi descrito nos autos, que a realização de prisões ilegais perpetradas em face de particulares atingiria de modo direto a esfera da Administração. E mais: se os recorridos teriam domínio final, vontade consciente, de realizar as condutas para lesar o patrimônio *moral* da Administração (mencionado pelo Min. Herman Benjamin em seu voto)... enfim, se pretenderam intimamente agir de modo a macular a imagem das instituições a que pertencem.

Entendo que os atos apontados como ilegais apenas voltaram-se *diretamente* contra particulares, inclusive, é fato, lesionando-se aspectos ligados à dignidade humana. Trata-se, frise-se, de ilegalidade, por evidente. Mas, como sustentei antes, qualquer conduta contrária ao ordenamento jurídico será espécie de malferimento ao princípio da juridicidade. É preciso perquirir se, de algum modo, a Administração foi especialmente lesada (material ou imaterialmente, mas de forma direta).

Ora, a vontade dos agentes foi dirigida à prática das prisões. Nem remotamente, a meu sentir, o domínio intelectual dos agentes

perpassaram pela possibilidade de denegrir a imagem da instituição pública. Tem-se, aí, resultado finalístico tão distante do ato inicial que, mesmo objetivamente, não pode ser considerado como inerente à representação da cadeia dos acontecimentos.

Portanto, apenas *indiretamente* as prisões efetuadas podem ser consideradas como atos contra a Administração Pública, razão pela qual, de fato, tal como compreendido pela origem, milita contra a parte recorrente a carência da ação.

Digno de nota, por fim, trazer à baila um argumento pragmático - cujas conseqüências, entretanto, não podem ser ignoradas pelo Judiciário.

O fato de que as condutas aqui discutidas não configurem improbidade administrativa não as tornam um indiferente jurídico. Ao contrário, em razão da independência das esferas, a recomposição da paz social através da punição da ilegalidade poderá ser alcançada com recomposição cível, instauração de procedimento administrativo disciplinar e, até mesmo, através da tutela penal - embora talvez seja o caso de esta Corte Superior, em outra oportunidade, reavaliar a extensão da independência de instâncias à luz do princípio do *ne bis in idem*.

Com essas considerações, e renovando as vênias ao Min. Herman Benjamin, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso especial, com amparo no art. 105, III, *a*, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo respectivo Tribunal de Justiça no sentido de que o *Parquet* seria carecedor de interesse processual para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa contra policiais civis que efetuaram prisões ilegais, sem mandado judicial, e mantiveram suas vítimas detidas por várias horas, ao arrepio da lei e da Constituição.

O em. Relator, Ministro Herman Benjamin, deu provimento ao recurso para afastar a carência de ação e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o TJ/MG prossiga no julgamento da apelação, ao fundamento de que o *atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e 'justiciamento'* -, *afora as repercussões nas esferas penal, civil*

e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, também alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Dissentiu o em. Ministro Mauro Campbell Marques, ao argumento de que são dois os requisitos subjetivos necessários à imputação pela prática de ato de improbidade administrativa: “o primeiro, relacionado ao polo ativo (ao agente que comete a conduta supostamente ímproba) e o segundo relacionado ao polo passivo (aos órgãos e entidades que suportam o ato reputado ímprobo).

Acrescentou que *a esfera da Administração Pública deve ser atingida de forma direta, e não de maneira meramente indireta. Do contrário, prossegue o ilustre Ministro Mauro Campbell, a ressalva da Lei no. 8.429/1992 seria inútil, pois (...), estando todo agente público jungido ao princípio da juridicidade, qualquer conduta alheia ao ordenamento jurídico, de forma indireta, atingirá a Administração (seja sob a perspectiva da legalidade, da eticidade ou da lealdade), até porque, lembre-se que por aplicação da teoria do órgão, a Administração manifesta-se, em última análise, por seus agentes.*

Assim, conclui o voto divergente: *Nem remotamente o domínio intelectual dos agentes perpassou pela possibilidade de denegrir a imagem da instituição pública. Tem-se, aí, resultado finalístico tão distante do ato inicial que, mesmo objetivamente, não pode ser considerado como inerente à representação da cadeia dos acontecimentos.*

Eis, sumariados, os aspectos mais relevantes dos posicionamentos dos Ministros que votaram anteriormente de mim.

Renovado o julgamento, pedi vista dos autos.

No pertinente aos sujeitos da ação de improbidade administrativa, dispõe o art. 1o. da Lei no. 8.429/1992:

Art. 1o. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. - grifos acrescidos

Sobre o tema, leciona Pedro Roberto Decomain:

O ato, segundo diz o artigo, deverá ser praticado “contra” a Administração Pública, compreendendo o termo aqui em sua acepção mais ampla, de sorte a englobar todas as entidades mencionadas no artigo. Haverá de ocorrer, portanto, violação ao patrimônio, a interesses, a serviços ou a princípios constitucionais envolvendo a Administração Pública, para que o ato cometido possa ser enquadrado como ato de improbidade administrativa.

(...)

O que se deve entender, portanto, como atividade empreendida contra a Administração Pública, é não só aquela atividade que a ela impõe prejuízo patrimonial, como também toda atividade que ofenda princípio constitucional norteador da atividade estatal de modo geral.

(DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 63.)

Na espécie, consta da inicial que os policiais civis nela indicados dirigiram-se, na manhã de 13.3.2001, em viatura oficial, à residência da vítima, suspeita da prática de furto, determinando que esta os acompanhasse. Como o detido não confessou o delito, resolveram prendê-lo no local da cadeia pública onde os presos tomam banho de sol.

Semelhantes condutas foram verificadas com mais dois suspeitos, todas elas sem mandado judicial.

Tomando-se por base a alegativa do Ministério Público, a atitude dos policiais civis em questão não atentou apenas contra três indivíduos, mas, isto sim, atingiu a coletividade, bem como a imagem e a própria legitimidade social da corporação a que pertencem.

Assevera Waldo Fazzio Júnior que o agir que ofende os princípios que informam o Estado Democrático de Direito - no caso, o atentado recai principalmente sobre a cidadania e a dignidade humana - configura ato de improbidade administrativa, entendido no conceito de infração pluriofensiva:

Os atos ilícitos cometidos por servidores contra a Administração ofendem a dignidade administrativa, enquanto dignidade do serviço social; a lealdade administrativa, enquanto préstimo para a cidadania; a fidelidade administrativa, como dever de preservar a confiança de um número indeterminado de pessoas em relação aos que cuidam de seus interesses comuns. Só nesse sentido essas noções têm razão de ser, isto é, objetivamente consideradas, à luz dos princípios que informam o Estado de Direito conforme a tríade: soberania popular, cidadania e dignidade humana.

O consórcio de normas civis e político-administrativas, que é a Lei no. 8.429/1992, protege o exercício probo de potestades administrativas (segundo a legalidade, a moralidade, a imparcialidade, a publicidade e a eficiência), e a segurança do patrimônio público econômico. Apreende, por isso, as improbidades de agentes públicos e terceiros, como ilícitos pluriofensivos.

(FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.)

Com efeito, a prática de prisão ilegal e tortura por agente armado a serviço do Estado é repudiada pela Constituição Federal e por diversos tratados, entre os quais a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, consoante exposto no brilhante voto do em. Relator.

Eventual lesão causada à liberdade do cidadão e à dignidade humana não pode ser apreendida como qualquer violação de princípios administrativos, porquanto a tutela ao núcleo rígido dos direitos fundamentais recebe tratamento especialíssimo, conforme visto acima.

Disso resulta que a ofensa à Administração, no caso, é intrínseca ao cometimento do ato (*in re ipsa*), uma vez que produz reflexos diretos na imagem, reputação e confiabilidade da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, tanto no âmbito nacional, quanto no exterior.

Ante o exposto, peço licença para acompanhar o Ministro Relator, a fim de dar provimento ao recurso especial.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Na sessão de julgamento realizada no dia 2.3.2010 apresentei voto-vista, nos seguintes termos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 540):

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ato contra particular. Carência de ação. A prática de ato contra particular não autoriza o manejo da ação civil pública por improbidade administrativa, que deve ser extinta por carência de ação, ao reconhecimento da ausência de interesse processual.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 562).

Nas razões recursais (fls. 568/578), sustenta o recorrente ter havido violação ao art. 11 da Lei no. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa ou, simplesmente, LIA), ao argumento de que, embora reconhecendo a ilegalidade da conduta dos recorridos, a origem deixou de aplicar as sanções do art. 12, inc. III, do mencionado diploma normativo.

Contra-razões às fls. 582/587.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial.

Tendo subido os autos, após devidamente distribuídos e analisados, o Min. Herman Benjamin, relator, entendeu por prover a irresignação especial. Sustentou, para tanto, que, “uma conduta praticada por um servidor público que seja arbitrária e ilegal é certamente passível de ser caracterizada como improbidade administrativa por violar a lei e o dever de lealdade à instituição a que pertencem”.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a demanda, considerando a magnitude das conseqüências que podem derivar de um precedente que passe sem maiores discussão por esta Corte Superior. Adianto, com vênias ao relator, que dele discordarei.

É que, embora, à primeira vista, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa - LIA possa incidir no caso, em razão da patente ofensa ao princípio da legalidade perpetrada pela conduta dos recorrentes (restrições à liberdade desacompanhadas de mandado

judicial sem que as situações subjacentes pudesse ser enquadradas em qualquer das hipóteses de dispensa de interferência do Judiciário autorizadas pelo ordenamento jurídico), a leitura dos arts. 9o., 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992 deve ser sempre conjugada, por imperativos de hermenêutica, ao que previamente estipula o art. 1o. do mesmo diploma normativo.

Diz o referido dispositivo (negrito acrescentado):

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Como é de fácil percepção, são dois os requisitos para a aplicação da Lei no. 8.429/1992: (i) atos cometidos por “agente público” - e esta exigência deve ser lida também com considerações ao art. 3o. da LIA, que inclui no âmbito de incidência deste conjunto de normas também os particulares, desde que participem da conduta, induzindo-a ou para ela concorrendo, ou que dela sejam beneficiários - e (ii) atos praticados contra a Administração Pública (aqui incluída não só a Administração direta e a indireta, como também as empresas incorporadas ao patrimônio público, as entidades para cuja criação ou custeio tenha o erário concorrido e as entidades elencadas no parágrafo único do art. 1o. da LIA).

Vê-se, portanto, que são dois requisitos, que, corretamente entendidos, podem ser considerados como subjetivos: o primeiro relacionado ao pólo ativo (relacionado ao agente que comete a conduta supostamente ímproba) e o segundo relacionado ao pólo passivo (relacionado aos órgãos e entidades que suportam o ato reputado ímprobo).

Pois bem. A parte recorrente (e também o Min. Herman Benjamin) sustenta que as prisões realizadas, além de serem ilegais, maculam a imagem das instituições a que pertencem os agentes públicos, daí porque seria possível dizer que houve conduta contra a Administração Pública.

Entendem ambos que a lesividade em prejuízo à Administração estaria consubstanciada na inobservância dos princípios da legalidade

e da moralidade e do dever de lealdade às instituições. Um tipo, enfim, de rasgo ao patrimônio imaterial da Administração Pública.

Ora, parece-me que se trata de raciocínio tautológico, inobstante a argumentação seja, em uma olhada inicial, bastante perspicaz e sedutora - como, de resto, é a marca dos votos do e. relator. É que, conferida essa qualificação jurídica aos fatos, a lei conteria palavras inúteis. Explico.

Um dos dogmas do Direito Administrativo, desde sempre, é aquela segundo a qual a Administração Pública está vinculada à legalidade. É verdade que mudam os sentidos da legalidade e as intenções por trás desta lição, mas a vinculação da Administração a ela sempre esteve presente no mundo jurídico.

Poupando-me de maiores digressões relacionadas à evolução do instituto, penso que é importante destacar que, na atualidade, marcada pela reaproximação entre o Direito e a ética, no mundo filosófico-sociológico, e pela supremacia das normas constitucionais, no mundo jurídico - este fenômeno diretamente decorrente daquele primeiro, uma vez que, as constituições vêm sendo compreendidas como verdadeira tábua axiológica das sociedades que regem -, o princípio da legalidade vem sendo relido para ser reposicionado como princípio da juridicidade.

Não se trata de simples mudança de nomenclatura, mas de nova concepção, segundo a qual, mais do que vinculada à lei, a Administração está vinculada à Constituição, e, em relação a esta, de modo primário (quer dizer, no conflito entre Constituição e lei, prevalece a obediência direta à Constituição).

Se assim é, torna-se possível afirmar, até com certa segurança, que ter a LIA dito, em seu art. 1o., que, para fins de sua incidência, no pólo ativo da conduta deve estar um agente público já seria suficiente, sem necessidade de maiores reforços, de que a inobservância dos princípios da legalidade, da moralidade e da lealdade às instituições era caminho que levaria inevitavelmente à improbidade administrativa.

Desta forma, se um agente público, no exercício da função, matasse um particular, configurado o crime (i.e., devidamente aferidas a tipicidade, a antijuridicidade e culpabilidade da conduta), estaria automaticamente infringido, p. ex., o princípio da legalidade, o que acarretaria, via de conseqüência, improbidade administrativa.

Mas não é assim. A LIA foi além, para exigir que a conduta seja perpetrada contra a Administração Pública (entendida, repise-

se, na forma como dispõe o art. 1o., caput e p. ún.). E a esfera da Administração Pública deve ser atingida de forma direta, e não de maneira meramente indireta.

Do contrário, a ressalva da Lei no. 8.429/1992 seria inútil, pois, como já demonstrado, estando todo agente público jungido ao princípio da juridicidade, qualquer conduta alheia ao ordenamento jurídico, de forma indireta, atingirá a Administração (seja sob a perspectiva da legalidade, da eticidade ou da lealdade) - até porque, lembre-se que por aplicação da teoria do órgão, a Administração manifesta-se, em última análise, por seus agentes.

Aqui entra outro argumento que reputo essencial, qual seja, para o enquadramento do ato de improbidade no art. 11 da LIA (que é o que pretende o recorrente), é necessário a presença do dolo, ou seja, a intenção de produzir um resultado ou a assunção do risco neste sentido.

Fico pensando se seria factível considerar, à luz do que foi descrito nos autos, que a realização de prisões ilegais perpetradas em face de particulares atingiria de modo direto a esfera da Administração. E mais: se os recorridos teriam domínio final, vontade consciente, de realizar as condutas para lesar o patrimônio moral da Administração (mencionado pelo Min. Herman Benjamin em seu voto)... enfim, se pretenderam intimamente agir de modo a macular a imagem das instituições a que pertencem.

Entendo que os atos apontados como ilegais apenas voltaram-se diretamente contra particulares, inclusive, é fato, lesionando-se aspectos ligados à dignidade humana. Trata-se, frise-se, de ilegalidade, por evidente. Mas, como sustentei antes, qualquer conduta contrária ao ordenamento jurídico será espécie de malferimento ao princípio da juridicidade. É preciso perquirir se, de algum modo, a Administração foi especialmente lesada (material ou imaterialmente, mas de forma direta).

Ora, a vontade dos agentes foi dirigida à prática da prisões. Nem remotamente, a meu sentir, o domínio intelectual dos agentes perpassaram pela possibilidade de denegrir a imagem da instituição pública. Tem-se, aí, resultado finalístico tão distante do ato inicial que, mesmo objetivamente, não pode ser considerado como inerente à representação da cadeia dos acontecimentos.

Portanto, apenas indiretamente as prisões efetuadas podem ser consideradas como atos contra a Administração Pública, razão pela qual, de fato, tal como compreendido pela origem, milita contra a parte recorrente a carência da ação.

Digno de nota, por fim, trazer à baila um argumento pragmático - cujas conseqüências, entretanto, não podem ser ignoradas pelo Judiciário.

O fato de que as condutas aqui discutidas não configurem improbidade administrativa não as tornam um indiferente jurídico. Ao contrário, em razão da independência das esferas, a recomposição da paz social através da punição da ilegalidade poderá ser alcançada com recomposição cível, instauração de procedimento administrativo disciplinar e, até mesmo, através da tutela penal - embora talvez seja o caso de esta Corte Superior, em outra oportunidade, reavaliar a extensão da independência de instâncias à luz do princípio do ne bis in idem.

Com essas considerações, e renovando as vênias ao Min. Herman Benjamin, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

No momento da apresentação do voto transcrito, não existia entendimento firmado sobre o tema, entretanto, recentes precedentes da Segunda Turma desta Corte Superior tem reconhecido a configuração de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei no. 8.429/1992 em face de atos praticados por agentes públicos diretamente contra particulares.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Atentado violento ao pudor. Professor municipal. Alunas menores. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Violação dos princípios da Administração Pública. Art. 11 da Lei no. 8.429/1992. Enquadramento. Independência das esferas. Elemento subjetivo. Dolo genérico.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O ilícito previsto no art. 11 da Lei no. 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ.

3. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico).

4. É possível a responsabilização do agente público, no âmbito do art. 11 da Lei no. 8.429/1992, ainda que este responda pelos

mesmos fatos nas demais searas, em consideração à autonomia da responsabilidade jurídica por atos de improbidade administrativa em relação as demais esferas. Precedentes envolvendo assédio sexual e moral.

5. A repugnante prática de atentado violento ao pudor, praticado por professor municipal, em sala de aula, contra crianças de 6 (seis) e 7 (sete) anos de idade, não são apenas crimes, mas também se enquadram em 'atos atentatórios aos princípios da administração pública', conforme previsto no art. 11 da LIA, em razão de sua evidente imoralidade.

6. A Lei no. 8.429/1992 objetiva coibir, punir elou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

7. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1.219.915/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 19.11.2013, DJe 29.11.2013)

Processual Civil. Administrativo. Improbidade administrativa. Assédio de professor da rede pública. Prova testemunhal suficiente. Violação aos princípios da Administração Pública. Ausência de prequestionamento. Súmula no. 282-STF. Matéria constitucional. Competência da excelsa Corte. Dolo do agente. Ato ímprobo. Caracterização.

1. Cinge-se a questão dos autos a possibilidade de prática de assédio sexual como sendo ato de improbidade administrativa previsto no caput do art. 11 da Lei no. 8.429/1992, praticado por professor da rede pública de ensino, o qual fora condenado pelas instâncias ordinárias à perda da função pública.

2. A tese inerente à atipicidade da conduta em razão da inexistência denexo causal entre o ato e a atividade de educador exercida pelo Professo não foi abordada pelo Corte de origem, o que atrai a incidência da Súmula no. 282 do STF.

3. O recorrente também tratou de questão constitucional, qual seja, a dignidade da pessoa humana, matéria que refoge da competência

desta Corte Superior, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. É firme a orientação no sentido da imprescindibilidade de dolo nos atos de improbidade administrativa por violação a princípio, conforme previstos no caput do art. 11 da Lei no. 8.429/1992 - o que foi claramente demonstrado no caso dos autos, porquanto o professor atuou com dolo no sentido de assediar suas alunas e obter vantagem indevida em função do cargo que ocupava, o que subverte os valores fundamentais da sociedade e corrói sua estrutura.

5. O recurso não pode ser conhecido em relação à alínea c do permissivo constitucional, porquanto o recorrente não demonstrou suficientemente a divergência, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula no. 284-STF.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 1.255.120/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 21.5.2013, DJe 28.5.2013)

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Assédio moral. Violação dos princípios da Administração Pública. Art. 11 da Lei no. 8.429/1992. Enquadramento. Conduta que extrapola mera irregularidade. Elemento subjetivo. Dolo genérico.

1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei no. 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ.

2. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico).

3. O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho - sarcasmo, crítica, zombaria e trote -, é campanha de terror psicológico pela rejeição.

4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

5. A Lei no. 8.429/1992 objetiva coibir, punir elou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

6. *Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese.*

7. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.286.466/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 3.9.2013, DJe 18.9.2013)

A análise dos precedentes citados permite afirmar que somente a Segunda Turma já se manifestou sobre o tema, inexistindo julgamento da Primeira Turma e Primeira Seção sobre a importante tese, motivo pelo qual ressalvo meu ponto de vista para manifestação oportuna.

Entretanto, em respeito a jurisprudência firmada por este Órgão Julgador, retifico meu voto para acompanhar o entendimento da doutra maioria.

Ante o exposto, retifico meu voto, com ressalva de entendimento, para acompanhar o voto do Relator Ministro Herman Benjamin, a fim de dar provimento ao recurso especial.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Sr. Presidente, trata-se de violência policial arbitrária. Li o voto do eminente Relator, a divergência de V. Exa., agora reconsiderada, o voto do Ministro OG FERNANDES, e convenci-me de que essa violência policial, tal como perpetrada, violaria, inicialmente, aqueles princípios da Administração Pública, previstos no art. 11 da Lei de Improbidade, ferindo as bases de legitimidade e respeitabilidade da Administração Pública, atingindo essa conduta interesses e princípios caros da Administração.

Penso que o Ministro OG FERNANDES foi muito feliz, quando concluiu o seu voto, dizendo o seguinte: *Disso resulta que a ofensa à Administração, no caso, é intrínseca ao cometimento do ato (in re ipsa), uma vez que produz reflexos diretos na imagem, reputação e confiabilidade da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, tanto no âmbito nacional, quanto no exterior.*

Assim, acompanho o voto do eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL No. 1.337.911-PE (2011/0173874-0)

Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS

Recorrente: Ministério Público do Estado de Pernambuco

Recorrido: Raimundo Carreiro de Barros Filho e outro

Advogado: Manoel Luciano de Lima

EMENTA

Processo Civil. Administrativo. Improbidade administrativa. Aplicação subsidiária do CPC. Cabimento. Gravação de CD de canto gregoriano dos Monges do Mosteiro de São Bento de Garanhuns. Celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado que tenha fins lucrativos. Ausência de vedação legal. Possibilidade. Finalidade cultural. Inexistência de interesse comercial atestada pelo Tribunal de origem. Prática de atos ímprobos. Não caracterização.

1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Pernambuco pleiteou a condenação dos recorridos pela prática de atos de improbidade administrativa, supostamente decorrentes da celebração de “convênio” com sociedade empresária que desenvolve atividades com fins lucrativos, a fim de que esta realizasse a gravação do CD de canto gregoriano dos Monges Beneditinos do Mosteiro de São Bento de Garanhuns. Aduziu o *Parquet* que a alegada celebração teria se valido da terminologia “convênio” para burlar a lei, pois, na realidade, seria um “contrato administrativo” realizado sem licitação.

2. Após o Juízo de primeiro grau indeferir o processo sem julgamento de mérito, o Tribunal de origem, em sede de apelação, entendeu que se tratava de matéria unicamente de direito e em condições de imediato julgamento, proferindo o juízo de mérito para reconhecer a adequação do convênio à hipótese, a teor do art. 515, § 3º., do CPC, bem como a inexistência de prática de ato ímprobo.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, é possível aplicar *subsidiariamente o Código de Processo Civil nas ações*

de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei no. 8.429/1992 (REsp no. 1.098.669-GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 12.11.2010.).

4. Não existe óbice legal à celebração de convênio entre a Administração e a pessoa jurídica de direito privado que tenha fins lucrativos, nada impedindo a cooperação do partícipe privado com o Poder Público. Ademais, atestando a Corte de origem a finalidade documental e cultural (sem apelo comercial) da gravação do CD dos monges beneditinos, dá-se por inexistente o prejuízo à concorrência a justificar prévia licitação para eventual celebração de contrato administrativo.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 8 de setembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 16.9.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O aresto recorrido deu parcial provimento ao recurso de apelação do *Parquet* somente para admitir a legitimidade ativa deste, mas extinguiu o feito nos termos desta ementa:

Processual Civil. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Legitimidade ativa do Ministério Público. Inexistência, porém, de evidências de improbidade.

1. *É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública por ato de improbidade, para a proteção do patrimônio público e social.*

2. *A confecção de um CD de cantos gregorianos dos Monges Beneditinos do Mosteiro de São Bento de Garanhuns, embora sem apelo comercial, possui grande valor artístico e cultural, de modo que cabe à FUNDARPE o apoio e o fomento às manifestações culturais desta natureza.*

3. *Inexistência, no caso, dos elementos caracterizadores do ato de improbidade administrativa, isto a ensejar a extinção do feito, nos termos do art. 17, § 8o., da Lei Federal no. 8.429/1992.*

4. *Decisão unânime (fl. 183, e-STJ).*

Os embargos de declaração foram providos apenas para fins de questionamento, sem efeitos infringentes (fl. 21, e-STJ).

No recurso especial, o *Parquet* alega que o acórdão vergastado contrariou o art. 515, *caput* e § 3o., do CPC e o art. 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992.

Sustenta que, ao modificar a sentença para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* do *Parquet*, o Tribunal de origem julgou improcedente a ação civil pública, adentrando mérito que nem sequer foi analisado pelo juiz de primeiro grau, o qual se limitou a declarar a ilegitimidade do MP.

Acresce que *não poderia o Tribunal de Justiça adentrar o mérito da causa para rejeitar liminarmente a Ação Civil Pública, uma vez que a apelação devolveu ao Tribunal tão só conhecimento de matéria devidamente impugnada pela parte (tantum devolutum quantum appellatum)* (fl. 38, e-STJ).

Sem apresentação de contrarrazões, sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 48-50, e-STJ),

o que deu ensejo à interposição de agravo, o qual foi provido por esta relatoria para subida do recurso especial (fls. 54-62, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial para reconhecimento da existência de improbidade administrativa no caso concreto (fls. 117-123, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

DA CONTROVÉRSIA

Na origem, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO promoveu ação civil pública para condenação de RAIMUNDO CARREIRO DE BARROS FILHO (à época presidente da Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco – FUNDARPE) e MATO PROMOÇÕES E PRODUÇÕES LTDA.

O *Parquet* pleiteou, na inicial, a condenação dos ora recorridos pela prática de ato de improbidade administrativa, decorrente de “convênio” firmado pela Fundarpe com a sociedade empresária Mato Promoções e Produções Ltda, a fim de que, em suma, esta última realizasse a *produção e divulgação do Canto Gregoriano com os Monges Beneditinos do Mosteiro de São Bento de Garanhuns* (fl. 7, e-STJ), sob o pagamento da quantia de R\$ 14.140,00 (catorze mil, cento e quarenta reais).

Aduziu que a alegada celebração teria se valido da terminologia “convênio” para burlar a legislação, pois, na realidade, era “contrato administrativo” realizado sem licitação, a partir do qual a sociedade empresária auferira lucros com a gravação do CD dos Monges Beneditinos do Mosteiro de Garanhuns, além do dano ao erário estadual.

A sentença de primeiro grau extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, e indeferiu a petição inicial (arts. 267, VI, e 285 do CPC), entendendo que o *Parquet* não possuía legitimidade ativa *ad causam*.

Irresignado, o Ministério Público do Estado de Pernambuco interpôs recurso de apelação, o qual foi provido em parte, pois, embora a Corte estadual reconhecesse a legitimidade ativa do *Parquet* para a propositura

da ação civil pública, entendeu não configurada a improbidade administrativa quanto ao mérito, determinando a extinção do feito (com julgamento do mérito não apreciado pelo magistrado de piso), porquanto não configurada a improbidade administrativa.

DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No recurso especial, o Ministério Público do Estado de Pernambuco alega que *não poderia o Tribunal de Justiça adentrar o mérito da causa para rejeitar liminarmente a Ação Civil Pública, uma vez que a apelação devolveu ao Tribunal tão só o conhecimento de matéria devidamente impugnada pela parte (tantum devolutum quantum appellatum)* (fl. 38, e-STJ).

Verifica-se que, na hipótese, o Tribunal de origem entendendo que a controvérsia era de matéria de direito e em condições de imediato julgamento, proferiu o juízo de mérito, o que se afigura perfeitamente possível perante o art. 515, § 3o., do CPC.

Não há a alegada violação do art. 515, *caput* e § 3o., do CPC, uma vez que é entendimento assente neste Tribunal Superior que se aplica *subsidiariamente o Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei no. 8.429/1992 (REsp no. 1.098.669-GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma.)*. Confira-se a ementa do julgado:

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Juntada de documentos. Ausência de manifestação da parte contrária. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Microsistema de tutela coletiva. Arts. 19 da Lei da Ação Civil Pública. Art. 90 do CDC. Violação dos arts. 326 e 398 do CPC. Dies a quo do prazo prescricional. Data em que o fato se torna conhecido para a Administração Pública. Art. 23, II, da Lei no. 8.429/1990. Fato ilícito. Prazo. 5 anos. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

1. Não há conhecer de matéria não analisada pelas instâncias ordinárias, em face da ausência do necessário prequestionamento da questão suscitada. Incidência das Súmulas no. 282 e 356 do Supremo Tribunal.

2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado *Microsistema* ou *Minissistema* de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso.

3. Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei no. 8.429/1992, nos termos dos arts. 19 da Lei no. 7.347/1985 e 90 da Lei no. 8.078/1990.

4. O reconhecimento da prescrição sem a prévia oitiva do autor da ação civil pública implica ofensa aos arts. 326 e 398 do CPC.

5. Cumpre ao magistrado, em observância ao devido processo legal, assegurar às partes paridade no exercício do contraditório, é dizer, no conhecimento das questões e provas levadas aos autos e na participação visando influir na decisão judicial.

6. O dies a quo, nos termos do art. 142, § 1o., da Lei no. 8.112/1990 é a data em que a Administração Pública tomou ciência do fato.

7. O art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992 estabelece o “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”.

8. “...havendo ação penal e ação de improbidade administrativa ajuizadas simultaneamente, impossível considerar que a aferição do total lapso prescricional nesta última venha a depender do resultado final da primeira demanda (quantificação final da pena aplicada em concreto), inclusive com possibilidade de inserção, no âmbito cível-administração, do reconhecimento de prescrição retroativa” (REsp no. 1.106.657-SC).

9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para, afastando a prescrição, determinar o regular curso do processo.

(REsp no. 1.098.669-GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, julgado em 4.11.2010, DJe 12.11.2010.)

No mesmo sentido:

Processual Civil e Administrativo. Ação de ressarcimento de danos. Improbidade administrativa. Acordo entre as partes. Vedação. Art.

17, § 1o., da Lei no. 8.429/1992. *Microsistema de tutela coletiva. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Inviabilidade de extinção com base no art. 267, VIII, do CPC. Nomenclatura da ação. Fundamentação.*

1. *Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei no. 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1o., da LIA).*

2. *O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microsistema de tutela coletiva. Precedente do STJ.*

3. *Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido.*

4. *Recurso especial não provido.*

(REsp no. 1.217.554-SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 15.8.2013, DJe 22.8.2013.)

DA APLICAÇÃO DO ART. 17, § 8o., DA LEI No. 8.429/1992

Tampouco o acórdão recorrido violou o art. 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992 ao apreciar, de modo fundamentado, o mérito da ação civil pública não analisado pelo Juízo de primeiro grau.

Por oportuno, extrai-se do aresto estadual, fundamentado no art. 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992, o seguinte excerto (fls. 188-190, e-STJ):

Via de consequência, compete também ao Tribunal revisor rejeitar a ação, em análise prefacial, se convencido da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da mesma.

No caso dos autos, para enquadrar a alegação de improbidade nos casos descritos na lei, o Ministério Público acentua: “evidencia-se tratar-se de contrato administrativo, tendo-se nominado como convênio com o fim evidente de burlar a legislação pertinente às licitações e contratos públicos.”

Cuida-se, então, de examinar, em sucessivo, os aspectos factuais que levariam a essa conclusão.

O raciocínio ministerial parte do fato de que a empresa que se propôs a produzir o CD dos monges beneditinos do Mosteiro de São Bento de Garanhuns exerce atividade com fins lucrativos e, portanto, passível firmar contrato administrativo com a fundação pública estadual, desde que precedido do regular procedimento licitatório.

Aduz, ainda, a existência de vontades divergentes e de prestações recíprocas, o que desnaturaria o instituto do convênio, que, por sua vez, pressupõe a ocorrência de interesses convergentes e contraprestações.

Ocorre que tal declaração, no contexto fático e jurídico revelado nos autos, não conduz, ao meu sentir, à visualização da alegada improbidade administrativa.

Isso porque não me parece que a celebração de convênio dependa, necessariamente, da celebração com entidade sem fins lucrativos para que se configure a convergência de vontades entre os convenientes.

Tampouco vislumbro a ocorrência de contraprestações recíprocas ou a existência de interesses divergentes, no caso em tela.

Bem o demonstra o caso vertente, em que os monges beneditinos dificilmente deteriam o conhecimento técnico para produzir sozinhos um CD de cantos gregorianos, de modo que, inevitavelmente, necessitariam de uma produtora especializada para fazê-lo.

Em que pese o convênio empregar a expressão “contrapartida”, verifico que se trata, na verdade, de mera cláusula de “ajuste” entre os convenientes, visto que a FUNDARPE, no papel de colaboradora, apenas pontua que a sua logomarca constará nos encartes dos Cds e algumas unidades ficarão no seu acervo para preservação da memória cultural.

Com efeito, parece-me claro que, ao optar pelo convênio, a Fundação de Cultura levou a efeito um juízo de mérito político-administrativo, consistente em uma escolha relativa a um determinado conteúdo, cujo objeto - confecção de um CD de cantos gregorianos - não contém apelo comercial, dependente, portanto, de financiamento por parte do Poder Público, cabendo à FUNDARPE o apoio e o fomento às manifestações culturais desta natureza.

Ademais, importa verificar se as condutas atribuídas ao ex-gestor e à empresa produtora, litisconsortes passivos na ação civil pública - consubstanciaram atos de improbidade administrativa.

Nessa perspectiva, ressalto que improbidade não se resume à ilegalidade (e, por isso, com esta não se confunde).

Tem-se na improbidade uma ilegalidade qualificada, coadjuvada pela mácula da imoralidade administrativa, da desonestidade, da busca de vantagem indevida - para o agente público ou para terceiros -, da intenção dolosa de causar prejuízo ao erário.

(...).

In casu, inexistente qualquer imputação no sentido de que o (ex)gestor requerido tenha-se locupletado ou a qualquer título se beneficiado com o convênio firmado, haja vista o intuito eminentemente documental e cultural da confecção do referido CD.

Nessa ordem de ideias, por não visualizar, na espécie, os elementos caracterizadores de improbidade administrativa, é de ser mantida, sob outros fundamentos, o decreto de extinção do feito.

Visto isso, e sendo certo que o feito em lume tem por objeto único e exclusivo a celebração de convênio retro mencionada, da qual não se extrai, à luz da exordial, ato de improbidade administrativa, cuida-se de rigor a rejeição liminar da ação, nos termos do art. 17, § 8º., da Lei Federal no. 8.429/1992, com redação dada pela Medida Provisória no. 2.225, de 4.9.2001.

In casu, para o deslinde da controvérsia, não se mostra necessária produção de prova pelo Juízo de primeiro grau, mas tão somente saber se o convênio se presta à contratação pela FUNDARPE, sem licitação, de pessoa jurídica que exerce fins lucrativos para a produção do CD de cantos gregorianos dos Monges do Mosteiro de São Bento de Garanhuns, produção voltada ao fomento da cultura local.

Consignou o Tribunal de origem que o fato de a MATO PROMOÇÕES E PRODUÇÕES LTDA. ser uma pessoa jurídica privada que exerce atividade com fins lucrativos não afasta a possibilidade desta celebrar convênio com a Administração (fl. 189, e-STJ).

Logo, atestou a Corte estadual que, *ao optar pelo convênio, a Fundação de Cultura levou a efeito um juízo de mérito político-administrativo, consistente em uma escolha relativa a um determinado conteúdo, cujo objeto - confecção de um CD de cantos gregorianos - não contém apelo comercial, dependente, portanto, de financiamento por parte do Poder Público, cabendo à FUNDARPE o apoio e o fomento às manifestações culturais desta natureza* (fl. 189, e-STJ).

Com efeito, não existe óbice legal quanto à celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado que tenha fins lucrativos, constituição jurídica esta que não impede a cooperação do partícipe privado com a Administração Pública. Ademais, na maioria das vezes, o ganho do partícipe privado é indireto, como a melhora de sua imagem, principalmente quando não há interesse concorrencial de demais entes privados (MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 551-571, jan./dez. 2005, p. 559.)

Ora, atestando a Corte de origem a finalidade documental e cultural (sem apelo comercial) da gravação do CD de cantos gregorianos dos monges do Mosteiro de São Bento de Garanhuns, mostra-se inexistente o prejuízo à concorrência a justificar prévia licitação para eventual celebração de contrato administrativo, de forma que não se vislumbra ofensa ao art. 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992.

A propósito:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Pedido de efeito suspensivo nas razões do recurso especial. Via inadequada. Art. 288 do RISTJ. Improbidade administrativa. Art. 10, IX, da Lei 8.429/1992. Ausência de fundamentação. Error in procedendo. Ocorrência. Penalidade aplicada. Ausência de fundamentação.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, contra ato de improbidade administrativa formulada, pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, visando condenação do ex-prefeito de Brejinhos-PE à devolução aos cofres públicos dos valores de R\$ 77.581,87, alegando ato ímprobo de dispensar ilicitamente procedimento licitatório, bem como pagamento sem autorização legal ou regulamentar, no valor de R\$ 2.500,00, na emissão de segundas vias de documentos públicos (certidão de casamento e nascimento).

(...).

3. Em se tratando de ato ímprobo, mesmo sendo caso de pronta rejeição da ação (artigo 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992) em que o magistrado se encontra plenamente convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita ou sendo caso de regular instrução processual em que se poderá concluir pela existência ou não de atos de improbidade administrativa configurados nos artigos 9, 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992, deve o juiz/tribunal fundamentar suas decisões.

4. Não obstante, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar do elemento subjetivo. No caso do artigo 10 da Lei no. 8.429/1992, para a sua consumação, é necessário se perquirir quanto ao dolo ou a culpa.

5. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé; e por isso, necessário o dolo genérico na conduta do agente e, no caso de dano ao erário, dolo ou culpa.

(...).

9. Recurso Especial provido.

(REsp no. 1.512.047-PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 21.5.2015, DJe 30.6.2015.)

DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DE CLÁUSULAS DO CONVÊNIO E DE REEXAME DE PROVAS DOCUMENTAIS

O Tribunal de origem afastou a existência de vontades divergentes, de contraprestações recíprocas e de intenção dolosa (ainda que genérica). Para tanto, ao analisar o termo de celebração do convênio, concluiu que o emprego da expressão “*contrapartida*” tem o mesmo sentido de *cláusula de ajuste entre os convenientes, visto que a FUNDARPE, no papel de colaboradora, apenas pontua que a sua logomarca constará dos encartes dos CDs e algumas unidades ficarão no seu acervo para preservação da memória cultural* (fl. 189, e-STJ).

Afirmou o acórdão estadual, ainda, que *inexiste qualquer imputação no sentido de que o (ex-)gestor requerido tenha se locupletado ou a qualquer título se beneficiado com o convênio firmado, haja vista o intuito eminentemente documental e cultural da confecção do referido CD* (fl. 189, e-STJ), bem como, *por não visualizar, na espécie, os elementos caracterizadores de improbidade administrativa, é de ser mantido, sob outros fundamentos, o decreto de extinção do feito* (fl. 190, e-STJ).

Portanto, não pode o Superior Tribunal de Justiça afirmar, como pleiteia o *Parquet*, que houve contraprestações ilegais ou ato ímprobo, pois tal providência demandaria análise das cláusulas do convênio e incursão nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado, respectivamente, pelas Súmulas no. 5 e 7 do STJ.

É a jurisprudência desta Corte Superior:

Administrativo. Processual Civil Ação civil pública. Improbidade administrativa. Cumulação indevida de cargos públicos. Análise dos elementos caracterizadores do ato de improbidade. Incidência da Súmula no. 7-STJ.

1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º. e 11 da mesma Lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo.

2. Rever as conclusões do Tribunal de origem sobre a existência de dolo na conduta do agente, bem como os elementos que ensejaram os atos de improbidade implica o reexame dos elementos fático-probatórios, o que não é possível pela via eleita (Súmula no. 7-STJ).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp no. 666.459-SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 23.6.2015, DJe 30.6.2015.)

Administrativo. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Ausência do elementos objetivo e subjetivo. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula no. 7-STJ. Súmula no. 83-STJ.

1. Hipótese em que o tribunal de origem deu provimento à apelação, julgando improcedente o pedido formulado nos autos da Ação de Improbidade Administrativa, ao fundamento da inexistência da prática de ato de improbidade administrativa.

2. Rever a conclusão do acórdão recorrido, quanto à ausência dos elementos objetivo e subjetivo da conduta, demandaria o reexame de prova, inviável no âmbito do recurso especial (Súmula no. 7 do STJ).

3. O Tribunal de origem decidiu em harmonia com a orientação predominante deste Superior Tribunal de Justiça, incidindo no caso a Súmula no. 83 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp no. 637.945-SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1a. Região), Primeira Turma, julgado em 16.6.2015, DJe 26.6.2015.)

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Programa Saúde da Família. Justiça Federal. Competência. Improbidade administrativa. Violação de enunciado sumular. Ausência de indicação de dispositivo infraconstitucional. Deficiência na fundamentação. Súmula no. 284-STF. Violação à súmula e portaria ministerial. Descabimento. Lei local. Súmula no. 280-STF. Convênio. Súmula no. 5-STJ.

1. *Nas razões recursais, verifica-se que a parte não indicou qual o dispositivo legal supostamente violado, limitando-se a alegar que teria ocorrido violação das Súmulas no. 150 e 209, ambas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Patente, portanto, a incidência da Súmula no. 284-STF. Ademais, é inviável, em sede de recurso especial, a análise de eventual negativa de vigência às Súmulas desta Corte Superior, pois tais enunciados não estão inseridos no conceito de “lei federal”, nos termos do art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal.*

2. *Na mesma linha, a insurgência da parte recorrente acerca das disposições contidas na Portaria no. 1.886/97 do Ministério da Saúde torna inviável a revisão do julgado no âmbito de recurso especial, uma vez que o mencionado ato administrativo não se enquadra no conceito de “tratado ou lei federal” inserido no permissivo constitucional.*

3. *Para a resolução da controvérsia, seria imprescindível a interpretação da legislação local, no caso, a Lei Municipal no. 1.301/05, bem como a apreciação do Convênio firmado entre o Município de Irani e o Ministério da Saúde, o que impede a revisão por esta Corte, ante o óbice descrito, respectivamente, na Súmula no. 280 do STF (“Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”) e na Súmula no. 5 do STJ (“A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”).*

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp no. 241.278-SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 27.11.2012, DJe 5.12.2012.)

Ante o exposto, conheço do recurso especial, mas lhe nego provimento.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.407.862-RO (2013/0150469-8)

Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Recorrente: Silvernani César Santos

Advogado: Alexandre Camargo

Recorrente: Rodrigo Erse Moreira Mendes

Recorrente: Ricardo Erse Moreira Mendes

Recorrente: Guilherme Moreira Mendes Filho

Advogados: Igor Sant'Ana Tamasauskas e outro(s)

Pierpaolo Cruz Bottini

Recorrente: Jacqueline Moraes de Mello

Advogado: Manoel Flávio Medici Jurado

Recorrente: Rubens Moreira Mendes Filho

Advogado: Admar Gonzaga

Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia

Interes.: Estado de Rondônia

Procurador: João Ricardo Valle Machado e outro(s)

Interes.: Mario Sergio Almeida Lemos

Advogado: Joselia Valentim da Silva e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recursos especiais. Ação civil pública por improbidade administrativa. Fornecimento de passagens aéreas para a Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia. Licitação fraudulenta. Preliminar de cerceamento de defesa por deficiência de digitalização do processo. Não configuração. Negativa de vigência do art. 535, II, do CPC não evidenciada. Ausência de prequestionamento. Súmulas no. 211-STJ e 282-STF. Divergência jurisprudencial. Descumprimento dos requisitos legais. Agente político. Foro por prerrogativa de função. Inexistência. Ação de natureza cível. Atual entendimento dos Tribunais Superiores. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Litisconsórcio necessário entre agentes públicos ímprobos e

terceiros beneficiários. Não-configuração. Interpretação do art. 47 do CPC. Laudo pericial particular juntado na apelação. Alegação de *error in procedendo* por ausência de exame adequado da prova. Expressa impertinência da prova pericial afirmada pela Corte *a quo*. Fundamento autônomo não atacado. Súmula no. 283-STF. Elemento subjetivo presente na conduta individual dos recorrentes reconhecido expressamente pelo Tribunal de origem. Reexame de matéria fático-probatória. Inadequação. Súmula no. 7-STJ. Ato de improbidade que cause lesão ao erário. Condenação solidária. Multa civil. Natureza pecuniária transmissão aos herdeiros (art. 8o. da LIA). Possibilidade. Revisão das sanções impostas. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Reexame de matéria fático probatória. Inadequação. Súmula no. 7-STJ. Precedentes do STJ. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.

1. CASO CONCRETO: No caso dos autos, o Ministério Público do Estado de Rondônia ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Silverani Cesar Santos e Outros, em razão da contratação irregular de empresa de turismo para prestar serviços de venda de passagens aéreas à Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia. Por ocasião da sentença, os pedidos foram julgados procedentes a fim de condenar os réus nos termos dos arts. 3o., 4o., 5o. e 10 c/c 12, II, da Lei no. 8.429/1992, o que foi mantido pelo Tribunal de origem.

2. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA DE DIGITALIZAÇÃO DO PROCESSO

2.1 O recorrente Rubens Moreira Mendes Filho apresentou petição indicando a existência genérica de falhas na digitalização dos autos, especialmente em relação aos apensos e anexos do processo principal (fls. 3.893-3.901). Após determinação deste Relator, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia encaminhou ofício no qual informa a remessa por mídia de 52 anexos e 28 apensos vinculados aos autos principais (fl. 3.925). Em nova petição, esse recorrente afirma que *o TJRO*

se nega a apresentar a exceção de suspeição, além de outros elementos que podem permitir verificar a culpabilidade do Recorrente (fls. 3.935-3.938). Especificamente, alega que não foi encaminhado cópia da íntegra dos autos da exceção de suspeição do perito e do contrato social da empresa TAMATUR.

2.2. Efetivamente, é manifesta a intenção do recorrente Rubens Moreira Mendes Filho em provocar tumulto processual sob alegação de cerceamento de defesa decorrente de falhas na digitalização do processo, pois os principais argumentos do requerente relacionados ao “cerceamento de defesa” - contrato social da empresa TAMATUR e a íntegra dos autos da exceção de suspeição do perito - não são significativos ou indispensáveis ao julgamento do mérito do presente recurso especial, pois o acórdão recorrido e o acórdão dos embargos declaratórios permitem o julgamento integral de todos as teses e violações de normas infraconstitucionais indicadas nos recursos especiais.

2.3. Por outro lado, é evidente o equívoco desse recorrente ao atribuir ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia condutas de “desobediência” e “descumprimento a determinações judiciais” desta Corte Superior, aptas a justificar a “eventual demora” no julgamento do recurso especial, principalmente porque a Corte de origem cumpriu todas as determinações deste Tribunal Superior, inclusive a remessa da digitalização dos 52 anexos e 28 apensos ao processo principal (fl. 3.925). Aliás, é no mínimo inusitado admitir que o Tribunal de origem tenha interesse em “prejudicar” os interesses do requerente *através do subterfúgio de não encaminhar a esta C. Corte os elementos necessários ao conhecimento e compreensão do caso em sua inteireza*. Portanto, no caso concreto, não há de se falar em cerceamento de defesa apontado pelo recorrente.

3. PRELIMINARES DE MÉRITO E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAIS

3.1. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

Além disso, todas as supostas omissões suscitadas pelos recorrentes foram enfrentadas pela Corte *a quo* nos julgamentos do acórdão recorrido e dos embargos declaratórios.

3.2. A configuração do questionamento prévio não exige que o Tribunal de origem mencione expressamente o dispositivo infraconstitucional tido como violado. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não-preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso especial. Incidência das Súmulas no. 282-STF e 211-STJ.

3.3. A alegação de violação genérica de preceitos infraconstitucionais, desprovida de fundamentação que demonstre de que maneira houve a negativa de vigência dos dispositivos legais pelo Tribunal de origem, não é suficiente para fundar recurso especial, atraindo a incidência da Súmula no. 284-STF.

3.4. O recurso especial fundado na divergência jurisprudencial exige a observância do contido nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1o., *a*, e § 2o., do RISTJ, sob pena de não conhecimento do recurso. No caso examinado, os recorrentes não realizaram o necessário cotejo analítico, indispensável para a demonstração do dissídio jurisprudencial e comprovação de similitude fática entre os arestos confrontados.

3.5. O atual entendimento das Cortes Superiores é no sentido de que nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em foro por prerrogativa de função ajuizadas em face de agentes políticos. Sobre o tema: STF - RE no. 540.712 AgR-AgR-SP, 2a. Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 13.12.2012; AI no. 556.727 AgR-SP, 1a. Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 26.4.2012; AI no. 678.927 AgR-SP, 1a. Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 1º.2.2011; AI no. 506.323 AgR-PR, 2a. Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 1º.7.2009; em decisões monocráticas: Rcl no. 15.831-DF,

Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 20.6.2013; Rcl no. 2.509-BA, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 6.3.2013; Pet no. 4.948-RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 22.2.2013; Pet no. 4.932-RN, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 17.2.2012; STJ - AgRg na Rcl no. 12.514-MT, Corte Especial, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe de 26.9.2013; REsp no. 1.135.158-SP, 2a. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 1º.7.2013; AgRg no AREsp no. 322.262-SP, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 18.6.2013.

3.6. É pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que a Lei no. 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos: AgRg no AREsp no. 532.658-CE, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 9.9.2014; REsp no. 1.147.564-MG, 1a. Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 2.9.2013).

3.7. O litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, é caracterizado pela indispensável presença de co-legitimados na formação da relação processual, o que pode ocorrer por disposição legal ou pela natureza da relação. Assim, nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei. Confira-se: AgRg no REsp no. 1.280.560-PA, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 9.2.2012; REsp no. 1.243.334-SP, 1a. Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 10.5.2011; REsp no. 896.044-PA, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.4.2011.

3.8. Os recorrentes defendem a configuração de *error in procedendo* em razão da ausência de exame adequado de laudo pericial juntado por ocasião da interposição de recurso de apelação por um dos apelantes e a consequente violação dos arts. 517 e 515, § 4o., do CPC. O Tribunal de origem, ao analisar essa tese, consignou: a) *no que diz respeito a (sic) ausência da análise de livros e documentos contábeis, conforme já mencionado,*

a regularidade financeira da ALE e da TAMATUR não são questões que deveriam ser objeto de prova, pois não são fatos controvertidos, relevantes e pertinentes ao deslinde da causa. O objeto da produção de prova estava relacionado diretamente com a emissão de bilhetes de passagens aéreas, seu cancelamento, sua emissão em duplicidade, a divergência de valores e pagamentos de bilhetes não emitidos; b) a prova pericial analisou os documentos pertinentes ao deslinde da causa, quais sejam, os bilhetes emitidos, as notas fiscais emitidas pela empresa, as notas de empenho e cheques emitidos pela ALE para pagamento e, conforme acima demonstrado, após o confronto dos documentos constatou todas as irregularidades apontadas na peça inicial e outras ilegalidades, assim, delineou de forma satisfatória os atos ilícitos objeto da demanda. (2.895-2.896).

3.9. Entretanto, nas razões dos recursos especiais, não houve impugnação aos fundamentos destacados, os quais devem ser considerado aptos, por si só, para manter o julgado impugnado no tópico, o que atrai a incidência da Súmula no. 283-STF. Além disso, é evidente que a modificação de tais fundamentos exigiria o reexame de matéria fático probatória, inviável em sede de recurso especial nos termos da Súmula no. 7-STJ.

4. MÉRITO DA CONTROVÉRSIA

4.1. O Tribunal *a quo*, ao julgar a controvérsia, expressamente consignou: *o convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis (art. 21, § 2o., IV); diante dos critérios previstos na Lei no. 8.666/1993, não havendo justificativa para a modalidade de licitação adotada no caso concreto, configurando a ilegalidade do certame, além do que não foi atendido ao comando previsto no art. 195, § 3o., da CF de 1988, e também violado o art. 9o., inc. III, da mesma lei, pela presença no quadro societário da contratada de dois servidores da Assembléia Legislativa; a ausência de observância de procedimentos legais na contratação e as ilegalidades cometidas no fornecimento de passagens aéreas (cancelamento de passagens pagas e reembolso ao titular do bilhete;*

venda de bilhetes em duplicidade; divergência de valores na emissão do bilhetes e das faturas; cobrança de passagens sem emissão de bilhetes são atos suficientes para configurarem atos de improbidade na forma prevista na Lei no. 8.429/1992 (fl. 2.714); Nenhum dos recorrentes impugnou o fundamento transcrito, apto, por si só, para manter o julgado impugnado nesse tópico, atraindo a incidência da Súmula no. 283-STF.

4.2. Por outro lado, a Corte de origem analisou de maneira individual e detalhada a conduta de cada um dos envolvidos no ato de improbidade administrativa, e o fato de estarem expressamente fundadas nas provas produzidas nos autos, reconhecendo a presença do indispensável elemento subjetivo (culpa ou dolo) com a consequente imposição das sanções previstas na Lei no. 8.429/1992. Assim, é manifesto que a pretendida reversão dos termos do acórdão recorrido depende de prévio exame fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula no. 7-STJ.

4.3. A orientação deste Tribunal Superior é no sentido de que, nos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, a responsabilidade entre ímprobos é solidária, o que poderá ser reavaliado por ocasião da instrução final do feito ou somente em fase de liquidação, inexistindo violação ao princípio da individualização da pena. Nesse sentido: REsp no. 1.119.458-RO, 1a. Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 29.4.2010; AgRg na MC no. 15.207-RJ, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 18.9.2009.

4.4. As sanções de natureza pecuniária prevista na Lei de Improbidade Administrativa, especificamente a multa civil e o ressarcimento ao erário, são transferidas aos herdeiros nos limites da herança, nos termos do art. 8o. da Lei no. 8.429/1992 (REsp no. 951.389-SC, 1a. Seção, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 4.5.2011).

4.5. A análise da pretensão recursal no sentido de que sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento

manifestado pela Corte *a quo*, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula no. 7-STJ. Nesse sentido: REsp no. 1.203.149-RS, 2a. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 7.2.2014; EDcl no AREsp no. 360.707-PR, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 16.12.2013; AgRg no AREsp no. 39.018-MG, 1a. Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 27.8.2012.

5. DISPOSITIVO: Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: A Turma, por unanimidade, conheceu em parte dos recursos e, nessa parte, negou-lhes provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 9 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 19.12.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recursos especiais interpostos por SILVERANI CÉSAR SANTOS, RUBENS MOREIRA MENDES FILHO e OUTROS e JACQUELINE MORAES DE MELLO, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

Apelações cíveis. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Agravos retidos. Inépcia da inicial. Inexistência. Legitimidade do Ministério Público. Súmula no. 329-STJ. Ilegitimidade passiva. Teoria da asserção. Aplicação. Irretroatividade da lei processual. Notificação prévia. Inaplicabilidade. Indeferimento de produção de prova pericial. Juízo de retratação. Recurso prejudicado. Princípio da dialeticidade. Não observância. Decisão agravada. Não identificação. Recursos não conhecidos. Prova pericial. Ausência de documentos. Nulidade não verificada. Preliminares. Pedido de justiça gratuita. Redução da capacidade financeira. Comprovação. Deferimento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Agente político. Aplicação da Lei no. 8.429/1992. Competência. Juízo de primeiro grau. Sentença. Sanções impostas. Motivação. Nulidade afastada. Ação popular. Litispendência. Não ocorrência. Reconhecimento de conexão. Cerceamento de defesa. Inexistência. Beneficiários das passagens aéreas. Ausência. Inexistência Litisconsórcio Necessário. Questões prejudiciais de mérito. Inconstitucionalidade formal da Lei no. 8.429/1992. Inconstitucionalidade material do art. 10 da Lei no. 8.429/1992. Precedentes do STF. Mérito. Licitação. Modalidade. Carta convite. Inadequação. Servidor público. Sócio da empresa contratada. Violação do art. 9o., III, da Lei no. 8.666/1993. Regularidade fiscal. Ausência. Violação do art. 195, § 3o., da CF/1988. Arts. 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992. Agentes públicos e terceiros. Condutas ilícitas. Comprovação. Elemento subjetivo. Dolo e culpa. Sanções do art. 12 da LIA. Aplicação razoável. Prova pericial. Valor do Dano. Ressarcimento. Responsabilidade solidária. Manutenção da sentença.

1. Agravos Retidos:

a) não há que se falar em inépcia da inicial quando se verifica que o apelante teve oportunidade de se defender, não só dos fatos alegados na inicial, que ficaram delimitados no tempo e no espaço, mas, também das consequências jurídicas apontadas pelo autor;

b) Súmula no. 329-STJ, in verbis: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”;

c) pela teoria da asserção, a legitimidade passiva, como condição da ação, é analisada de acordo com as asserções descritas na inicial, o que não se confunde com a declaração de veracidade dos fatos a ser apurada durante a instrução;

d) cuidando-se de norma processual, não tem aplicação retroativa, haja vista a aplicação do princípio do tempus regit actum;

e) não deve ser conhecido o agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a produção de prova e, posteriormente, determinou a sua realização;

f) em obediência ao princípio da dialeticidade deve o agravante demonstrar o desacerto da decisão agravada, impugnando cada um de seus fundamentos, não se afigurando suficiente a impugnação genérica ao decisum combatido;

g) não deve ser conhecido o agravo retido que não identifica de forma precisa qual a decisão agravada e, da leitura das razões, não é possível a sua identificação;

h) não há que se falar em nulidade da sentença quando a questão relativa à prova técnica e os documentos por ela analisados devem ser verificados no mérito do recurso;

2. Preliminares:

a) a declaração da parte no sentido de não estar em condições de suportar os ônus do processo, aliado ao fato de se encontrar desempregada e acometida de doença grave, consistem em motivos satisfatórios a ensejarem o deferimento da gratuidade da justiça;

b) não há norma constitucional que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de quaisquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4o., tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei no. 8.429/1992), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo, ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau;

c) não há nenhuma nulidade na sentença por ausência de motivação, quando esta descreve de forma pormenorizada, os atos que entendeu o juiz de primeiro grau caracterizarem atos de improbidade;

d) nos termos do art. 301, § 1o., do Código de Processo Civil, ocorre litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, ou seja, ações que tenham os mesmos elementos: partes, causa de pedir e pedido; não havendo litispendência entre a ação civil pública e a ação popular, ainda que tenham o mesmo objetivo, pois ambas são instrumentos processuais concorrentes de defesa dos interesses transindividuais, caracterizando, portanto, na hipótese, o instituto da conexão, o que as tornam semelhantes e passíveis de decisões unificadas;

e) não há que se falar em cerceamento de defesa quando o terceiro deixa de exhibir documento em juízo e a parte não se desincumbe do seu ônus de demonstrar que a recusa era inconsistente, nos termos estabelecidos pelo art. 357 do CPC;

f) sendo o objeto da demanda a verificação de prática de atos de improbidade administrativa em razão da ilegalidade na contratação e na prestação dos serviços de fornecimento de passagens aéreas, para validade e eficácia da sentença condenatória não se faz necessária a presença na lide de todas as pessoas que dele se beneficiaram, por não estarem presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 47 do CPC (disposição legal ou relação jurídica unitária).

3. Prejudiciais de mérito:

a) a Lei no. 8.429/1992 não padece de vício de inconstitucionalidade formal, conforme já decidiu o STF no controle de constitucionalidade concentrado - ADIN no. 2.182; b) as sanções civis impostas pelo art. 12 da Lei no. 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do art. 10, por prever modalidade culposa de conduta ímproba que cause prejuízo ao erário;

4. Mérito:

a) o convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis (art. 21, § 2o., IV); diante dos critérios previstos na Lei no. 8.666/1993, não havendo justificativa para a modalidade de licitação adotada no caso concreto, configurando a ilegalidade do certame, além do que não foi atendido ao comando previsto no art. 195, § 3o., da CF de 1988, e também violado o art. 9o., inc. III, da mesma lei, pela presença no quadro societário da contratada de dois servidores da Assembléia Legislativa; a ausência de observância de procedimentos legais na contratação e as ilegalidades cometidas no fornecimento de passagens aéreas (cancelamento de passagens pagas e reembolso ao titular do bilhete; venda de bilhetes em duplicidade; divergência de valores na emissão do bilhetes e das faturas; cobrança de passagens sem emissão de bilhetes) são atos suficientes para configurarem atos de improbidade na forma prevista na Lei no. 8.429/1992;

b) o caráter sancionador da Lei no. 8.429/1992 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, importem enriquecimento

ilícito (art. 9o.), e causem prejuízo ao erário (art. 10) ou atentem contra os princípios da administração pública (art. 11); a proibidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que merece consideração da própria Constituição, que pune o ímprobo (art. 37, § 4o.); a proibidade administrativa consiste no dever do funcionário de servir à Administração com honestidade e eficiência, (art. 4o. da LIA) configurando, portanto, a culpa do agente que não age dessa forma no munus público que lhe foi conferido, bem como o particular que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, contribui para a lesão ao erário (arts. 3o. e 5o. da LIA);

c) as sanções do art. 12, incs. I, II e III, da Lei no. 8.429/1992, não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, evidentemente, perpassam pela adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, aliás, como deixa entrever o parágrafo único do referido dispositivo, a fim de que a reprimenda a ser aplicada ao agente ímprobo seja suficiente à repressão e a prevenção da improbidade;

d) no ato de improbidade administrativa, do qual resulta prejuízo, a responsabilidade dos agentes em concurso é solidária;

e) deve ser mantido o valor da condenação de ressarcimento do dano suportado pelo erário quando este se mostra adequado á conclusão da prova pericial e da análise da prova documental, tanto mais quando as partes se limitam a afirmarem o desacerto do quantum sem comprovar suas alegações.

Houve a oposição de embargos de declaração, que foram rejeitados pelo Tribunal de origem (fls. 2.886/2.906):

Embargos de declaração. Ação civil pública. Acórdão. Omissão. Contradição, Erro de fato. Não ocorrência.

Os embargos de declaração apenas são cabíveis quando constar, na decisão embargada, obscuridade, contradição ou omissão em ponto sobre o qual deveria o julgador ter se pronunciado expressamente.

O juiz não está obrigado a rebater, pormenorizada mente, todas as questões trazidas pela parte. A negativa de prestação jurisprudencial se configura apenas quando o Tribunal deixa de se manifestar sobre questão que seria necessária ao deslinde do litígio - Precedentes do STJ.

Nega-se provimento aos embargos de declaração que visam rediscutir a matéria que foi objeto de julgamento de forma fundamentada no acórdão embargado.

O inconformismo com o conteúdo da decisão embargada deve ser objeto de recurso próprio, uma vez que a via estreita dos embargos não é a adequada ao rejuízo da causa.

Nas razões do recurso especial interposto por SILVERNANI CÉSAR SANTOS, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a parte recorrente aduz, além do dissídio, a ocorrência das seguintes violações: (a) art. 535, II, do CPC, por entender que o Tribunal *a quo* não enfrentou as questões cujas omissões foram alegadas nos embargos de declaração que ali foram opostos, em específico: (a.1) falta de defesa prévia; (a.2) impossibilidade jurídica do pedido e incompetência absoluta; (a.3) litispendência; e, (a.4) nulidade da perícia; (b) art. 9º. da Lei no. 1.079/1950, por entender pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, sendo que, por isso, deve o presente processo ser extinto sem julgamento de mérito a teor do art. 267, VI, do CPC; e, (c) arts. 1º., 9º., 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992, por entender pela inexistência, no caso em tela, de prática de ato de improbidade administrativa sob o argumento de que, enquanto estava na Presidência da Assembléia Legislativa de Rondônia, não autorizou a emissão de passagens aéreas (salvo aquelas dentro de sua cota parlamentar e no exercício da presidência) e também não autorizou o pagamento por supostos bilhetes cancelados ou em duplicidade. Além disso, alega a ausência de dolo ou de culpa grave na presente hipótese.

Nas razões do recurso especial interposto por JACQUELINE MORAES DE MELLO, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, a recorrente sustenta a ocorrência das seguintes violações: (a) art. 47 do CPC c/c art. 3º. da Lei no. 8.429/1992 e 6º. da Lei no. 4.717/1965 tendo em vista a necessidade de litisconsórcio passivo necessário entre todos os beneficiários dos atos questionados; (b) art. 517 e 515, § 4º. do CPC por entender incabível o laudo trazido com o apelo de um dos recorrentes. Assim, entende que o julgamento deve ser convertido em diligência para análise dos pontos então levantados, sob pena de cerceamento de defesa; e, (c) arts. 10 e 12, II, da Lei no. 8.429/1992, tendo em vista que não pode haver reconhecimento de ato

de improbidade administrativa sem que haja má-fé do agente, o que não teria sido demonstrado nos presentes autos.

Por fim, no recurso especial interposto por RUBENS MOREIRA MENDES FILHO e OUTROS, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, a parte refere, além da divergência jurisprudencial, a ocorrência das seguintes violações: (a) arts. 93 e 113 do CPC c/c arts. 1o. e 2o. da Lei no. 8.429/1992, por entender pelo direito à prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal tendo em vista que um dos recorrentes ocupa o cargo de Deputado Federal; (b) art. 47 do CPC c/c art. 3o. da Lei no. 8.429/1992 por entender pela ocorrência de litisconsórcio passivo necessário que, não obstante, não abrangeu todos os beneficiários do ato tido como questionado; (c) arts. 517 e 515, § 4o., do CPC, por entender a ocorrência de nulidade no acórdão recorrido em face da falta de exame adequado do laudo crítico anexado à apelação de um dos recorrentes; (d) art. 267, VI e § 3o. c/c art. 301, § 4o. do CPC c/c art. 12, *caput* e parágrafo único da Lei no. 8.429/1992 sob o argumento de que é juridicamente impossível o pedido de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos de um Deputado Federal, sendo que tal questão deveria ter sido apreciada pelo Tribunal *a quo* mesmo porque foi devidamente provocado por meio de embargos de declaração; (e) arts. 3o. e 12, II, da Lei no. 8.429/1992 em razão da desproporcionalidade da aplicação das penas em bloco e a falta de individualização das condutas; (f) art. 10 e 12, II, da Lei no. 8.429/1992 por entender pela inexistência de má-fé do agente e da intenção do agente em praticar ato de improbidade administrativa; (g) art. 12, parágrafo único da Lei no. 8.429/1992 c/c art. 924, *caput*, do Código Civil sob o argumento de que não há justificativa para a condenação solidária na restituição dos eventuais danos causados ao erário; (h) art. 406 e 2.044 do Código Civil, por entender que o índice dos juros de mora não podem ser alterados em função do advento do Código Civil, uma vez que os atos sindicados e a citação dos réus se deram antes do advento deste diploma normativo; (i) art. 267, IX do CPC e art. 8o. da Lei no. 8.429/1992, uma vez que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, ainda que parcialmente, para a falecida Sra. Maria Helena Erse Mendes, afastando seus sucessores do pagamento da multa civil imposta pelo acórdão; (j) art. 535, I e II do CPC, por entender como prequestionadas as questões de direito infraconstitucional sobre as quais versa o presente recurso especial.

O recorrido apresentou contrarrazões dos recursos especiais (fls. 3.573-3.594).

Foram juntadas as decisões de inadmissibilidade de todos os recursos especiais (fls. 3.618-3.626, 3.610-3.617 e 3.596-3.603), impugnadas por agravos pelos recorrentes.

Nesta Corte Superior, determinou-se a reatuação dos agravos em recursos especiais (fls. 3.825-3.827).

O Ministério Público Federal opinou pelo *conhecimento do recurso para reconhecer a competência absoluta do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a causa* (fls. 3.844-3.856).

O recorrente Rubens Moreira Mendes Filho ajuizou no STJ a MC no. 22.831-RO (16.6.2014) com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao presente recurso especial (REsp no. 1.407.862-RO). A medida cautelar foi julgada pela Segunda Turma desta Corte Superior (sessão de julgamento realizada no dia 18.6.2014), por unanimidade, no sentido de indeferir a liminar e julgar improcedente a pretensão cautelar. Esse julgamento foi objeto da Reclamação no. 17.994-RO no Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Gilmar Mendes), na qual prestei informações e, ao que consta dos presentes autos, não houve deferimento de pedido liminar ou julgamento de mérito dessa ação constitucional.

Por ocasião do julgamento da medida cautelar consignei no voto condutor o trâmite desse recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, o que deve ser atualizado para a adequada compreensão da controvérsia:

1) o processo foi incluído na pauta de julgamento do dia 4.2.2014, sendo adiado por este Relator em razão de petição do advogado do requerente, Dr. Cássio Scarpinella Bueno (protocolada em 4.2.2014), que informou a impossibilidade de comparecimento em sessão de julgamento para a realização de sustentação oral, em razão de outros compromissos profissionais, bem como requereu a inclusão em pauta de julgamento nas sessões marcadas para os dias 18, 20 ou 25 de fevereiro (fls. 3.861-3.876);

2) em 13.2.2014, o gabinete deste Relator realizou contato telefônico com o procurador, citado supra, para informar que o processo seria incluído em pauta quando houvesse a composição integral do órgão julgador, incompleto em face da aposentadoria da

Ministra Eliana Calmon, o que ocorreu em 20.2.2014, data em que a Ministra Assusete Magalhães integrou a Segunda Turma;

3) o processo foi incluído em pauta de julgamento da sessão marcada para o dia 18.3.2014;

4) o advogado Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, novo procurador do requerente, marcou audiência com este Relator para o dia 12.3.2014, entretanto, nesse dia, houve sessão plenária desta Corte Superior e todas as audiências foram desmarcadas e remarcadas para o dia 17.3.2014;

5) em 12.3.2014, o advogado protocolou petição indicando a existência de falhas na digitalização dos autos, especialmente em relação aos apensos e anexos do processo principal (fls. 3.893-3.901);

6) na sessão de 18.3.2014, o processo foi retirado de pauta por determinação deste Relator, em razão da petição indicando eventuais falhas na remessa dos autos ao STJ;

7) também foi determinada a intimação do Ministério Público do Estado de Rondônia para manifestação sobre o teor da petição (fl. 3.905), o que ocorreu com refutação dos argumentos do requerente (fls. 3.913-3.920);

8) em 21.5.2014, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia encaminhou ofício no qual informa a remessa por mídia de 52 anexos e 28 apensos vinculados aos autos principais (fl. 3.925), com conclusão dos autos ao Relator em 26.5.2014;

9) em 4.6.2014, este Relator determinou a intimação das partes e do Ministério Público Federal para se manifestarem sobre os apensos 1/12 juntados e para eventual complementação do parecer (fl. 3.930);

10) em 10.6.2014, o recorrente Rubens Moreira Mendes Filho apresentou *nova petição* na qual afirma que *o TJRO se nega a apresentar a exceção de suspeição, além de outros elementos que podem permitir verificar a culpabilidade do Recorrente* (fls. 3.935-3.938);

11) o Estado de Rondônia apresentou ciência da remessa da documentação pelo TJRO (fls. 3.941-3.942);

12) o Ministério Público do Estado de Rondônia apresentou manifestação (fls. 3.945-3.947);

13) o Ministério Público Federal apresentou novo parecer no sentido do conhecimento parcial e, nessa extensão, pelo não provimento dos recursos especiais (fls. 4.000-4.023);

14) o recorrente Rubens Moreira Mendes Filho formulou petição na qual afirmou que o Ministério Público Federal não se manifestou sobre a defendida falha nas digitalizações e requereu nova intimação do *Parquet* Federal. (fls. 4.027-4.031).

15) o processo foi incluído na pauta de julgamento de 4.12.2014, entretanto, houve novo pedido de adiamento de julgamento do procurador do recorrente (fl. 4.036), o que foi deferido por este Relator em caráter excepcional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator):

CASO CONCRETO:

No caso dos autos, o Ministério Público do Estado de Rondônia ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Silverani Cesar Santos e Outros, em razão da contratação irregular de empresa de turismo (TAMATUR - Viagens e turismo Ltda) para prestar serviços de venda de passagens aéreas à Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia.

Por ocasião da sentença, os pedidos foram julgados procedentes a fim de condenar os réus nos termos dos arts. 3o., 4o., 5o. e 10 c/c 12, II, da Lei no. 8.429/1992, o que foi mantido pelo Tribunal de origem.

PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA POR DEFICIÊNCIA DE DIGITALIZAÇÃO DO PROCESSO

Preliminarmente, deve ser enfrentada a alegação de cerceamento de defesa em razão da ausência de peças indispensáveis ao julgamento do presente recurso especial.

Conforme já relatado, o recorrente Rubens Moreira Mendes Filho apresentou petição indicando a existência genérica de falhas na digitalização dos autos, especialmente em relação aos apensos e anexos do processo principal (fls. 3.893-3.901).

Após determinação deste Relator, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia encaminhou ofício no qual informa a remessa por mídia de 52 anexos e 28 apensos vinculados aos autos principais (fl. 3.925), com conclusão dos autos ao Relator em 26.5.2014.

Em nova petição, esse mesmo recorrente afirma que *o TJRO se nega a apresentar a exceção de suspeição, além de outros elementos que podem permitir verificar a culpabilidade do Recorrente* (fls. 3.935-3.938). Especificamente, alega que não foi encaminhada cópia da íntegra dos autos da exceção de suspeição do perito e do contrato social da empresa TAMATUR.

O recorrido Ministério Público do Estado de Rondônia impugnou com precisão tais alegações (fls. 3.945-3.947):

Da análise dos apensos constata-se que se tratam de cópia do inquérito civil realizado pelo Ministério Público de Rondônia, contendo todos os atos de instrução (Termos de Declarações, Ofícios Expedidos, Ofícios Recebidos etc), bem como documentos que foram apreendidos em medida cautelar de busca e apreensão referentes à compra de passagens aéreas pela Assembleia Legislativa de Rondônia junto à empresa TAMATUR.

Após a juntada desses apensos é possível constatar o que já havia sido certificado nos autos (e-STJ fl. 3.900), ou seja, o extenso volume de documentos em sua maioria são cópias de requisições de passagens aéreas, de bilhetes de passagens e recibos de cancelamento apreendidos em ação cautelar. Sendo certa também a existência de documentos referentes à contratatação, sem a devida celebração de contrato, da empresa TAMATUR para fornecer passagens aéreas à Casa de Leis Rondoniense, mormente pela presença de cópia do procedimento licitatório realizado (Apenso 3-e-STJ fl. 6 e ss.).

No mais, também constam cópias de processo administrativo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e de processo da Comissão Parlamentar de Inquérito da ALE/RO, ambos referentes ao caso da compra de passagens aéreas pelo Poder Legislativo Rondoniense.

Como se vê, tais documentos são de fato dispensáveis para a análise do recurso especial, haja vista que, reiterando o que foi dito na manifestação ministerial anterior, os apensos são referentes à matéria probatória, enquanto que o recurso envolve questões apenas de matéria de direito. Sem dúvida a discussão recursal situa-se no campo normativo, interpretativo do direito e não no campo fático. Logo, a juntada de cópias de processos administrativos relativos a (sic) compra, emissão e cancelamento de bilhetes aéreos em nada altera o campo de análise das razões recursais.

Dentro desse contexto, é oportuno observar que a manifestação do Recorrente Rubens Moreira Mendes Filho (e-STJ fls. 3.935-3.938) sobre os apensos juntados mais uma vez tem a nítida intenção de tumultuar o regular andamento do processo, tendo em vista que ele insiste em argumentar sobre a falta de documentos indispensáveis para o julgamento do recurso: contrato social da empresa TAMATUR e íntegra da exceção de suspeição do perito.

Diante dessa postura do Recorrente, o Ministério Público reforça que o incidente de suspeição do perito não é ato discutido no recurso especial, não havendo razoabilidade de sua juntada se não se solicitou a análise de qualquer fato a ele relacionado no momento da interposição do recurso. É inaceitável que o Recorrente queira, após a interposição do recurso, rediscutir o valor da prova pericial realizada utilizando como argumento a “falta de documentos” que se quer foram mencionados ou relacionados aos fundamentos do recurso.

Quanto à ausência do contrato social da empresa TAMATUR é de se esclarecer que, apesar do o Recorrente não ter indicado em nenhum momento a relevância desse documento para o julgamento do seu recurso, consta no Apenso 1-e-STJ fl. 17 a Certidão Simplificada da Junta Comercial do Estado de Rondônia da empresa TAMATUR - Viagens e Turismo Ltda., onde é possível verificar as principais informações da empresa, constando como um dos sócios gerente o Senhor Moreira Mendes Filho, ora Recorrente.

Ainda para confirmar que o Recorrente tenta a todo momento retardar o julgamento do presente recurso, vale ressaltar que ele propôs uma medida cautelar (MC no. 22.831-RO) nesta Corte Superior, com pedido liminar, objetivando a atribuição de efeito suspensivo a este recurso especial que foi julgada improcedente, uma vez que os Excelentíssimos Ministros constataram a clara intenção do Recorrente em provocar tumulto processual.

Sendo assim, considerando que o conteúdo dos documentos juntados comprova que é dispensável sua análise para apreciação do presente recurso, entende-se que não houve qualquer falha ou “má-fé” do Tribunal de Justiça de Rondônia ao deixar de efetuar a remessa dos 52 anexos e 28 apensos, o que inclusive foi feito de forma certificada nos autos.

Diante do exposto, considerando que o Recorrente apenas busca retardar o julgamento do processo, procurando desconstituir prova documental robusta por meio de frágeis argumentos, o Ministério Público manifesta-se pelo regular andamento do feito, bem assim, o improvimento do Recurso Especial.

Efetivamente, é manifesta a intenção do recorrente em provocar tumulto processual sob alegação de cerceamento de defesa decorrente de falhas na digitalização do processo, pois os principais argumentos do requerente relacionados ao “cerceamento de defesa” - contrato social da empresa TAMATUR e a íntegra dos autos da exceção de suspeição do perito - não são significativos ou indispensáveis ao julgamento do mérito do presente recurso especial, pois o acórdão recorrido e o acórdão dos embargos declaratórios permitem o julgamento integral de todos as teses e violações de normas infraconstitucionais indicadas nos recursos especiais.

Por outro lado, é evidente o equívoco desse recorrente ao atribuir ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia condutas de “desobediência” e “descumprimento a determinações judiciais” desta Corte Superior, aptas a justificar a “eventual demora” no julgamento do recurso especial, principalmente porque a Corte de origem cumpriu todas as determinações deste Tribunal Superior, inclusive a remessa da digitalização dos 52 anexos e 28 apensos ao processo principal (fl. 3.925). Aliás, é no mínimo inusitado admitir que o Tribunal de origem tenha interesse em “prejudicar” os interesses do requerente *através do subterfúgio de não encaminhar a esta C. Corte os elementos necessários ao conhecimento e compreensão do caso em sua inteireza.*

Por fim, não há de se falar em nulidade por ausência de manifestação explícita do Ministério Público Federal sobre as apontadas irregularidades da digitalização, pois aberta regular vista ao *Parquet* Federal (fl. 3.943).

Assim, o presente processo reúne as condições necessárias ao seu regular julgamento, inexistindo a hipótese de cerceamento de defesa.

PRELIMINARES DE MÉRITO E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAIS

As pretensões recursais não merecem acolhimento.

Em razão da especificidade da hipótese examinada, os recursos especiais dos recorrentes serão examinados concomitantemente.

Inicialmente, não há falar em violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. Além disso, todas as supostas omissões suscitadas pelos recorrentes foram enfrentadas pela Corte a quo nos julgamentos do acórdão recorrido e dos embargos declaratórios.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Ausência de prequestionamento. Súmula no. 211-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Ausência de similitude fática. IPTU, TÍP E TCLLP. Pretensão de anulação do crédito tributário. Prescrição.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

(...)

6. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp no. 767.250-RJ, 1a. Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 10.6.2009)

Processual Civil. Violação ao art. 535 não configurada. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não comprovada. Incidência da Súmula no. 13 STJ. Inadmissibilidade.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando os fundamentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, pois ao magistrado cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide.

(...)

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp no. 977.216-PE, 2a. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 24.11.2008)

Por outro lado, não houve apreciação pelo Tribunal de origem sobre os dispositivos legais supostamente violados (arts. 267, IX, 301, § 4o., 924 do Código de Processo Civil, 406 e 2044 do Código Civil) o que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas no. 282-STF e 211-STJ, respectivamente: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada; Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.*

Efetivamente, para a configuração do questionamento prévio não é necessário que o Tribunal de origem mencione expressamente o dispositivo infraconstitucional tido como violado. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não-preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso especial.

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

Processo Civil. Preclusão consumativa. Inovação indesejável. Princípio tempus regit actum. Ausência de prequestionamento. Incidência dos Enunciados no. 211 da Súmula do STJ e no. 282 e 356, ambos do STF.

1. Em razão da preclusão consumativa, não pode a parte inovar sua tese recursal em agravo regimental, quando a matéria não foi impugnada oportunamente.

2. Com olhos voltados ao Princípio tempus regit actum, o STJ considera inaplicável, nas relações jurídicas derivadas do instituto da compensação de tributos declarados inconstitucionais, a incidência de legislação superveniente.

3. A ausência de debate, na origem, acerca da matéria vertida na insurgência recursal, implica, in casu, a incidência dos Enunciados no. 211 da Súmula do STJ e no. 282 e 356, ambos do STF.

4. A agravante não cotejou argumentos capazes de infirmar os fundamentos do decisum agravado, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp no. 1.101.616-SP, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 27.5.2009)

Tributário. Agravo regimental e agravo de instrumento. Ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula no. 282 do STF. Súmula no. 211 do STJ. Análise fático-probatória. Aplicação da Súmula no. 7 do STJ. Contribuições previdenciárias. Responsabilidade solidária.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que veda-se a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o tribunal de origem.

2. Ademais, como de sabença, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula no. 282-STF), e “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”. (Súmula no. 211 do STJ)

(...)

4. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no Ag no. 918.758-SP, 1a. Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 17.12.2008)

Outrossim, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a simples alegação de violação genérica de preceitos infraconstitucionais, desprovida de fundamentação que demonstre de que maneira houve a negativa de vigência dos dispositivos legais pelo Tribunal de origem, não é suficiente para fundar recurso especial, atraindo a incidência da Súmula no. 284-STF: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso especial. Fundamentação recursal deficiente.

1. *A falta de demonstração da negativa de vigência dos dispositivos legais invocados atrai a incidência da Súmula no. 284-STF*

2. *“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula no. 284-STF).*

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp no. 576.294-PR, 2a. Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 7.3.2005)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Súmula no. 284 STF. Súmula no. 13-STJ.

1. Deficiente a fundamentação do recurso, em cujas razões não logra o recorrente demonstrar qual o dispositivo legal violado, não há ensejo à abertura da instância especial pela alínea a.

2. A ausência da devida fundamentação revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula no. 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” Da mesma forma, não há dissídio jurisprudencial de julgados do mesmo tribunal (Súmula no. 13-STJ)

3. A admissão do Recurso Especial pela alínea c reclama a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, bem como pela juntada de certidão ou de cópia integral do acórdão paradigma, ou, ainda, a citação do repositório oficial de jurisprudência que o publicou, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp no. 638.725-PE, 1a. Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28.2.2005)

Por sua vez, é necessário consignar que a interposição do recurso especial fundado na alínea *c* do permissivo constitucional exige que o recorrente cumpra as disposições previstas nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1o., *a*, e § 2o., do RISTJ. Com efeito, é inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial quando o recorrente não demonstrar o suposto dissídio pretoriano por meio: a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado em que o acórdão divergente foi publicado; c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Além disso, o conhecimento do recurso especial fundado em divergência jurisprudencial também pressupõe a indicação dos dispositivos de lei federal com interpretação divergente entre os Tribunais. Deixando o recorrente de assim proceder, fica deficiente a fundamentação recursal, incidindo o princípio contido na Súmula no. 284-STF: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

Na hipótese examinada, verifica-se que os recorrentes limitaram a transcrever as ementas e os trechos dos julgados paradigma, não atendendo aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos legais supramencionados, restando ausente o necessário cotejo analítico a comprovar o dissídio pretoriano, bem como a indicação dos dispositivos legais supostamente analisados de maneira divergente. Assim, é descabido o recurso interposto pela alínea *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Sobre o tema, o entendimento desta Corte Superior:

Processual Civil. Ausência de violação do art. 557 do CPC. Não-indicação do dispositivo legal. Súmula no. 284-STF. Tributário. Imposto de renda retido na fonte. Repetição de indébito. Aposentadoria complementar. Previdência privada. Lei no. 7.713/1988. Isenção do beneficiário. Art. 543-C do CPC.

*1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial quando interposto com base na alínea *c* do permissivo constitucional.*

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp no. 1.082.801-RJ, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 11.5.2009)

Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade objetiva do Estado. Morte de pessoa causada por policiais em serviço. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Apresentação de razões dissociadas. Súmula no. 284 do STF. Reexame do valor da indenização e dos honorários advocatícios. Impossibilidade. Súmula no. 7-STF. Decisão ultra petita. Ausência de questionamento. Reexame necessário. Súmula no. 325 do STJ.

(...)

2. A divergência jurisprudencial deve ser demonstrada mediante identificação clara do dissídio entre os casos confrontados, identificando os trechos que os assemelhem, visto que a simples transcrição de ementas não é suficiente para a comprovação do dissídio. No caso, não houve o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas, com a indicação das circunstâncias que os identificam ou assemelham. Ademais, a ausência de indicação dos dispositivos tidos por violados não autoriza o conhecimento do recurso especial, mesmo quando interposto com base na alínea c do permissivo constitucional (Súmula no. 284-STF).

(...)

9. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp no. 956.037-RN, 1a. Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 26.3.2009)

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E APLICAÇÃO DA LIA AOS AGENTES POLÍTICOS

O tema relacionado à existência ou não de foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa já foi objeto de inúmeros debates no âmbito dos Tribunais Superiores.

A prerrogativa de foro em processo de improbidade administrativa foi objeto de discussão por parte do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI no. 2.797-DF, Relator. Min. Sepúlveda Pertence. Naquela ocasião, a Suprema Corte, por maioria, julgou procedente a ação para declarar inconstitucional a Lei no. 10.628/2002, que inseriu novos parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal, decidindo não haver foro privilegiado para os agentes públicos processados por improbidade administrativa. Eis a ementa do citado julgado, no que importa:

[...]

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula no. 394-STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei no. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1o.

e 2o. ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. O novo § 1o. do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula no. 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq no. 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula no. 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1o. do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2o. do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2o. do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. no. 10.628/2002): declaração,

por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.

5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4o.), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.

1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl no. 2.138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2o. do art. 84 do C.Pr.Penal.

2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades

por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.

(ADI no. 2.797-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE DJ de 19.12.2006, p. 37)

Assim, houve manifesta declaração de inconstitucionalidade da prerrogativa de função nos caso de atos administrativos passíveis de sofrerem ação civil pública por atos de improbidade administrativa.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Pet no. 3.211 QO-DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, DJe de 27.6.2008) afirmou que *Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade administrativa contra seus membros* (excerto da ementa).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Rcl no. 2.790-SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 4.3.2010), com base no precedente da Corte Constitucional, reformulou seu entendimento sobre o tema para reconhecer a existência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. No mesmo sentido: Rcl no. 8.473-RJ, Corte Especial, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 4.12.2012; Rcl no. 4.927-DF, Corte Especial, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 29.6.2011; AgRg na Sd no. 208-AM, Corte Especial, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 12.5.2010; AgRg na Rcl no. 2.115-AM, Corte Especial, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 16.12.2009.

Efetivamente, com o máximo respeito ao entendimento exposto, entendo que o precedente da Corte Constitucional (Pet no. 3.211 QO-DF) permite ponderações. O julgado é expresso ao reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações de improbidade contra seus próprios membros, entretanto, não houve o reconhecimento da existência de foro por prerrogativa de função

aos demais agentes políticos processados em ações civis por ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, o entendimento foi proclamado em questão de ordem na Petição, especificamente em face do caso concreto examinado, cujos efeitos não possuem eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, ao contrário dos efeitos decorrentes do julgamento da ADI no. 2.797-DF.

O Tribunal Pleno da Corte Constitucional afirmou, em recente precedente, a *jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se conhece de reclamação fundada em precedentes sem eficácia geral e vinculante de cuja relação processual o reclamante não fez parte* (excerto da ementa da Rcl no. 6.383 AgR-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 6.2.2013).

Nesse contexto, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem afirmado reiteradamente, por seus órgãos julgadores e por decisões monocráticas de seus membros, a inexistência de foro por prerrogativa de função em ação civil de improbidade administrativa.

Nesse sentido, os precedentes da Excelsa Corte (apreciados após o julgamento da Pet no. 3.211 QO-DF):

Agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário. Recurso contra decisão monocrática. Constitucional e Administrativo. Ação civil pública de improbidade. 1. A Lei no. 8.429/1992 não contraria o art. 65, parágrafo único, da Constituição da República. Precedente do Plenário. 2. Ausência de prequestionamento do art. 129, inc. IX, da Constituição. Súmulas no. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 3. Necessidade de reexame de fatos e provas e análise de dispositivos infraconstitucionais. Ofensa constitucional indireta. 3. Inexistência de prerrogativa de foro em ação de improbidade. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(RE no. 540.712 AgR-AgR-SP, 2a. Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 13.12.2012)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Administrativo. Improbidade administrativa. Prerrogativa de foro. Aplicação a agentes políticos. Inconstitucionalidade. Agravo improvido. I – A prerrogativa de função para prefeitos em processo de improbidade

administrativa foi declarada inconstitucional pela ADI no. 2.797-DF. II – Agravo regimental improvido.

(AI no. 556.727 AgR-SP, 1a. Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 26.4.2012)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Administrativo. Improbidade administrativa. Prerrogativa de foro. Aplicação a agentes políticos. Inconstitucionalidade. Agravo improvido. I – A prerrogativa de função para prefeitos em processo de improbidade administrativa foi declarada inconstitucional pela ADI no. 2.797-DF. II – Agravo regimental improvido.

(AI no. 678.927 AgR-SP, 1a. Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 1º.2.2011)

Recurso extraordinário. Alegada impossibilidade de aplicação da Lei no. 8.429/1992, por magistrado de primeira instância, a agentes políticos que dispõem de prerrogativa de foro em matéria penal. Ausência de prequestionamento explícito. Conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício, da questão constitucional. Matéria que, por ser estranha à presente causa, não foi examinada na decisão objeto do recurso extraordinário. Invocação do princípio jura novit curia em sede recursal extraordinária. Descabimento. Ação civil por improbidade administrativa. Competência de magistrado de primeiro grau, quer se cuide de ocupante de cargo público, quer se trate de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções. Recurso de agravo improvido. - Não se revela aplicável o princípio jura novit curia ao julgamento do recurso extraordinário, sendo vedado, ao Supremo Tribunal Federal, quando do exame do apelo extremo, apreciar questões que não tenham sido analisadas, de modo expresso, na decisão recorrida. Precedentes. - Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei no. 8.429/1992), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes.

(AI no. 506.323 AgR-PR, 2a. Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 1º.7.2009)

Em decisões monocráticas: Rcl no. 15.831-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 20.6.2013; Rcl no. 2.509-BA, Rel. Min. ROSA

WEBER, DJe de 6.3.2013; Pet no. 4.948-RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 22.2.2013; Pet no. 4.932-RN, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 17.2.2012.

No mesmo sentido, os recentes precedentes deste Tribunal Superior:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Legitimidade do Ministério Público e propriedade da via eleita. Foro por prerrogativa de função. Inexistência. Aplicação da Lei no. 8.429/1992 aos agentes políticos. Contratação sem concurso público. Extinta empresa estadual. Art. 11 da Lei no. 8.429/1992. Configuração do dolo genérico. Prescindibilidade de dano ao erário. Cominação das sanções. Art. 12 da LIA. Redução da multa civil.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa,

3. Descabe falar em foro por prerrogativa de função, em ação de improbidade administrativa, ante o julgamento da ADIn no. 2.797 pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade da Lei no. 10.628/2002, que alterou a redação do art. 84, §§ 1o. e 2o., do CPP.

4. Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, previsto nos arts. 1o., 2o. e 3o. da Lei no. 8.429/1992. Precedentes.

5. Aplica-se a Lei no. 8.429/1992 aos agentes políticos. Precedente.

6. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedentes.

7. O ilícito previsto no art. 11 da Lei no. 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.

8. Multa civil reduzida para 25 (vinte e cinco) vezes o valor percebido pelo agente no cargo de governador de Estado à época dos fatos.

9. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp no. 1.135.158-SP, 2a. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 1º.7.2013 - sem destaque no original)

Administrativo e Processual Civil. Inquérito civil. Violação do art. 332 do CPC. Inexistência. Improbidade administrativa. Aplicação aos agentes políticos. Precedentes. Súmula no. 83-STJ. Agravo conhecido para negar seguimento ao recurso especial.

1. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI no. 2.797-DF, declarou a inconstitucionalidade das normas vertidas pelos §§ 1o. e 2o. do art. 84 do Código de Processo Penal, que garantiam a prerrogativa de foro em ações civis de improbidade administrativa. Precedentes.

3. Esta Corte segue a jurisprudência do STF na mesma questão, qual seja, prefeito não tem foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, devendo ser julgado pelo juiz de primeiro grau. Precedentes.

4. Quanto à violação do art. 332 do Código de Processo Civil, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que “o inquérito civil, como peça informativa, tem por fim embasar a propositura da ação, que independe da prévia instauração do procedimento administrativo. Eventual irregularidade praticada na fase pré processual não é capaz de inquinar de nulidade a ação civil pública, assim como ocorre na esfera penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório” (REsp no. 1.119.568-PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 23.9.2010). Precedentes.

5. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento da Rcl no. 2.790-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, pacificou o entendimento no sentido de que cabe a submissão dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp no. 322.262-SP, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 18.6.2013 - sem destaque no original)

A Corte Especial, no julgamento do AgRg na Rcl no. 12.514/MT (Rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 26.9.2013), reformulou seu entendimento a fim de reconhecer que a *ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda*

que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade.

Portanto, é possível afirmar que o atual entendimento das Cortes Superiores é no sentido de que nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em foro por prerrogativa de função ajuizadas em face de agentes políticos.

Por outro lado, é pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que a Lei no. 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos:

Processual Civil e Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Preliminar. Inépcia da inicial. Inaplicabilidade da Lei no. 8.429/1992 a agentes políticos. Rejeitada. Comprovação de irregularidades na aplicação de recursos federais. Aplicação das penas do art. 12, II, da Lei de Improbidade Administrativa. Proporcionalidade. Razoabilidade. Reexame de provas. Súmula no. 7-STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei no. 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. Nesse sentido, vide: Rcl no. 2.790-SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 4.3.2010.

2. A Corte de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, assentou que ficou configurada improbidade administrativa na conduta do agente público. Desse modo, inviável a revisão do referido entendimento, nesta via recursal, por demandar reexame de matéria fática, defeso em recurso especial, nos termos da Súmula no. 7-STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp no. 532.658-CE, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 9.9.2014)

Administrativo. Improbidade administrativa. Os agentes políticos submetem-se à Lei no. 8.429/1992. Entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (Rcl no. 2.790-SC, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4.3.2010). Enquadramento do acusado em dispositivo diverso do indicado na inicial. Violação ao art. 460 do CPC configurada. Princípio da congruência. Decisão extra petita.

1. A Corte Especial do STJ, no julgamento da Rcl no. 2.790-SC, pacificou o entendimento de que os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992).

(...)

(REsp no. 1.147.564-MG, 1a. Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 2.9.2013)

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

O litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, é caracterizado pela indispensável presença de co-legitimados na formação da relação processual, a qual pode ocorrer por disposição legal ou pela natureza da relação.

Assim, nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei.

Nesse sentido, a orientação pacífica deste Tribunal Superior:

Administrativo. Improbidade. Dano ao erário. Terceiro. Ausência de litisconsórcio passivo necessário.

1. *A questão jurídica nos autos refere-se à necessidade de o agente público figurar como litisconsorte na ação civil pública por ato de improbidade administrativa.*

2. *A posição sedimentada desta Corte apresenta-se no sentido de que, “nas Ações de Improbidade, inexistente litisconsórcio necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo, por não estarem presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 47 do CPC (disposição legal ou relação jurídica unitária).” (Precedente: REsp no. 896.044-PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011)*

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp no. 1.280.560-PA, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 9.2.2012 - sem destaque no original)

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Dispensa indevida, fraude e frustração da licitude de procedimentos licitatórios diversos. Movimentação de dinheiro público em conta-corrente particular. Contratação irregular de funcionários públicos. Utilização de bens públicos para fins particulares. Município de Jardinópolis-SP.

Violação do art. 47 do CPC e do art. 19 da Lei no. 7.347/1985 não caracterizada. Ausência de hipótese de litisconsórcio passivo necessário. Pretensão recursal relacionada aos artigos 330 do CPC e 10, 11 e 12 da Lei no. 8.429/1992. Necessidade de reexame fático-probatório. Súmula no. 7 do STJ.

1. *Recurso especial no qual se discute a existência de nulidade no processo, por ausência de citação de litisconsortes passivos necessários e por não realização prova pericial, bem como a inexistência de prática de atos ímprobos e a desproporcionalidade da pena imposta ao agente político.*

2. *Não procede a alegação de violação do artigo 47 do Código de Processo Civil e do art. 19 da Lei no. 7.347/1985, pois, à luz do entendimento firmado no STJ, não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e as pessoas participantes ou beneficiárias das supostas fraudes e irregularidades nas ações civis públicas movidas para o fim de apurar e punir atos de improbidade administrativa, pois “não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda, o que afasta a incidência do art. 47 do CPC” (AgRg no REsp no. 759.646-SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 30.3.2010). Precedentes: AgRg no Ag no. 1.322.943-SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 4.3.2011; AgRg no REsp no. 759.646-SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 30.3.2010; REsp no. 809.088-RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ 27.3.2006.*

3. *Não se verifica nenhuma relação jurídica que implique na formação de litisconsórcio necessário entre os réus e as diversas sociedades empresárias que se beneficiaram ou participaram dos procedimentos licitatórios suspeitos.*

4. *O recurso especial não merece ser conhecido, quanto à alegação de violação do art. 330 do Código de Processo Civil, conforme preceitua a Súmula no. 7 do STJ, pois a aferição da necessidade de produção de prova pericial demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Da mesma forma, não merece conhecimento a pretensão recursal, no que se relaciona com a alegação de violação dos artigos 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992, pois a revisão da conclusão do Tribunal de origem, naquilo que diz respeito à presença do elemento volitivo e à constatação de prejuízo ao erário, depende de incursão no*

campo fático-probatório, o que não é adequado em sede de recurso especial. Precedentes: AgRg no Ag no. 1.331.116-PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 16.3.2011; AgRg no REsp no. 1.125.634-MA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 2.2.2011.

5. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, é despicienda a caracterização do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito. Precedente: EREsp no. 654.721-MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Primeira Seção, DJe 1º.9.2010.

6. Também não se conhece do recurso especial, na parte em que se alega violação do artigo 12 da Lei no. 8.429/1992, pois a aferição a respeito da observância do princípio da proporcionalidade, na quantidade de pena que foi imposta ao recorrente, demanda o reexame de fatos e provas. Súmula no. 7 do STJ. Precedentes: REsp no. 1.134.461-SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 12.8.2010; REsp no. 924.439-RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 19.8.2009; EDcl no REsp no. 895.530-PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 6.5.2009; REsp no. 785.232-SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 2.2.2010.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp no. 1.243.334-SP, 1a. Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 10.5.2011 - sem destaque no original)

Processual Civil e Administrativo. Improbidade. Dano ao erário. Empresa beneficiada. Ausência de litisconsórcio passivo necessário.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública fundada em improbidade administrativa decorrente de pagamentos indevidos, supostamente respaldados em contratos fraudulentos e sem ter havido efetiva contraprestação, feitos com verba da Fundação Nacional de Saúde no Pará às empresas Timbira Serviços Gerais Ltda. e Timbira Serviços de Vigilância, em 1998.

2. A ação foi proposta contra Roberto Jorge Maia Jacob, então Coordenador-Geral da fundação, por autorizar a despesa; Noélia Maria Maues Dias Nascimento, servidora que efetivou os pagamentos por meio de ordens bancárias, a despeito da ciência da irregularidade; e Carlos Gean Ferreira de Queiroga, gerente responsável pelas empresas beneficiadas.

3. O Juízo de 1o. grau reconheceu a ocorrência de improbidade diante da comprovação de pagamentos irregulares e posterior celebração de contratos com data retroativa, tendo julgado o pedido parcialmente procedente por constatar que alguns serviços foram prestados. Os réus foram condenados a ressarcir, solidariamente, o montante de R\$ 39.658,62 (trinta e nove mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e sessenta e dois centavos), além das sanções de suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição temporária de contratar com o Poder Público.

4. As apelações foram julgadas prejudicadas pelo Tribunal Regional Federal da 1a. Região, que, de ofício, declarou nula a sentença e determinou o retorno dos autos para citação das empresas e de seus representantes legais.

5. Nas Ações de Improbidade, inexistente litisconsórcio necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo, por não estarem presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 47 do CPC (disposição legal ou relação jurídica unitária). Precedentes do STJ.

6. É certo que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei no. 8.429/1992, nos termos do seu art. 3o., porém não há imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário.

7. A conduta dos agentes públicos, que constitui o foco da LIA, pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização da empresa que se beneficiou com a improbidade.

8. Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário. Precedente do STJ.

9. Na hipótese, o Juízo de 1o. grau condenou os agentes públicos responsáveis pelas irregularidades e também o particular que representava as empresas beneficiadas com pagamentos indevidos, mostrando-se equivocada a anulação da sentença por ausência de inclusão, no pólo passivo, da pessoa jurídica beneficiada.

10. Recurso Especial provido.

(REsp no. 896.044-PA, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.4.2011 - sem destaque no original)

ERROR IN PROCEDENDO DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO POR FALTA DE EXAME ADEQUADO DO LAUDO CRÍTICO ANEXADO À APELAÇÃO DE UM DOS RECORRENTES. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 517 E 515, § 4º., DO CPC.

Os recorrentes defendem a configuração de *error in procedendo* em razão da ausência de exame adequado de laudo pericial juntado por ocasião da interposição de recurso de apelação por um dos apelantes.

O Tribunal de origem, ao analisar essa tese, consignou (fls. 2.762-2.763):

O apelante Rubens Moreira Mendes, em sede de apelação, colacionou aos autos o que nominou de “Laudo Pericial de Verificação”, realizado por economista, perita judicial que atua perante o Poder Judiciário da Comarca de São Paulo.

Da análise da referida manifestação, o que se verifica é que a profissional que assina o laudo tão somente buscou encontrar erros nas perícias realizadas nos autos. Apontou, em síntese: a) ausência de análise dos livros e documentos contábeis da ALE e da TAMATUR; b) ausência de “testemunhos de conhecedores do objeto da perícia”; c) ausência de análise de 12 volumes de documentos.

Primeiro, com relação à alegação de ausência de oitiva de pessoas com conhecimento sobre o objeto da perícia judicial, houve requerimento do apelante e indeferimento expresso nos autos. Dessa decisão houve interposição de agravo na forma retida que, nesta sede, não foi conhecido por ausência de dialeticidade.

Cumprе ressaltar que a presente manifestação técnica deveria ter sido apresentada na fase instrutória, ou seja, após a intimação para manifestação sobre os laudos periciais. Assim, as alegações restam atingidas pela preclusão consumativa, já que o apelante se manifestou sobre os laudos periciais no tempo e forma previstos em lei.

Apenas para que não se alegue cerceamento de defesa, no que diz respeito a ausência de análise de livros e documentos contábeis, conforme já mencionado, a regularidade financeira da ALE e da TAMATUR não são questões que deveriam ser objeto de prova, pois não são fatos controvertidos, relevantes e pertinentes ao deslinde da causa. O objeto da produção de prova estava relacionado diretamente com a emissão de bilhetes de passagens aéreas, seu cancelamento, sua emissão em duplicidade, a divergência de valores e pagamentos de bilhetes não emitidos.

Nesse sentido, a prova pericial analisou os documentos pertinentes ao deslinde da causa, quais sejam, os bilhetes emitidos, as notas fiscais emitidas pela empresa, as notas de empenho e cheques emitidos pela ALE para pagamento e, conforme acima demonstrado, após o confronto dos documentos constatou todas as irregularidades apontadas na peça inicial e outras ilegalidades, assim, delineou de forma satisfatória os atos ilícitos objeto da demanda.

No que diz respeito à afirmação de ausência de análise de 12 volumes na perícia confirmatória, esta questão já restou fundamentada no sentido de que a documentação constante dos autos e dos anexos, objeto de análise pelo próprio juiz de primeiro grau, evidenciou que foram efetuados pagamentos pela ALE sem que houvesse emissão de passagens.

Conforme bem ressaltou a motivação da sentença, se há prova nos autos que concluiu pela ilegalidade apontada na inicial e pelo pagamento sem emissão de passagem aérea, aos apelantes competia o ônus de demonstrar a insubsistência dessas provas, do que não se desincumbiram. Limitaram-se a impugnar a prova sem demonstrar de forma específica a qual está o seu desacerto, e, ainda, não produziram prova que pudesse servir para demonstrar a veracidade de suas alegações.

A prova documental, pericial e testemunhal, produzida nos autos em contraditório, teve por objetivo a reconstrução dos fatos ocorridos no passado para a busca da verdade substancial, sua valoração e, por consequência, a subsunção da norma abstrata ao caso concreto. Nesse contexto, o resultado da atividade lógica do conhecimento concluiu para prática de atos de improbidade administrativa e, as alegações dos apelantes são desacompanhadas de contraprova apta a respaldar a tese da defesa. (sem destaque no original)

Entretanto, nas razões dos recursos especiais (fls. 3.354-3.361 e 3.397-3.399), não houve impugnação aos fundamentos destacados, os quais devem ser considerado aptos, por si só, para manter o julgado impugnado nesse tópico, atraindo a incidência da Súmula no. 283-STF: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.*

Sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de violação aos arts. 458 e 535 do

CPC. Acórdão devidamente fundamentado. Sentença anulada. Determinação de produção de prova pericial. Cerceamento de defesa reconhecido. Manutenção da concessionária de energia elétrica no polo passivo da demanda, por ora. Reexame. Súmulas no. 7 do STJ. Fundamento não atacado. Súmula no. 283 do STF. Agravo regimental desprovido.

1. *A alegada violação aos arts. 458 e 535 do CPC não ocorreu, uma vez que a lide foi fundamentadamente resolvida nos limites propostos. As questões postas a debate foram decididas, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração.*

2. (...)

3. *A alteração dessas conclusões, na forma pretendida, demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Contudo, tal medida encontra óbice na Súmula no. 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.*

4. *Ademais, o referido fundamento, autônomo e suficiente à manutenção do aresto recorrido, não foi devidamente impugnado nas razões do Recurso Especial, permanecendo, portanto, incólume. Aplicável, à espécie, por analogia, a Súmula no. 283 do STF, segundo a qual é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.*

5. *Agravo Regimental desprovido.*

(AgRg no AREsp no. 221.507-RJ, 1a. Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 20.6.2014)

Processual Civil. Ambiental. Liberação de veículo apreendido pelo Ibama. Proprietário nomeado depositário fiel. Decreto no. 6.514/2008. Ausência de impugnação a fundamento autônomo. Súmula no. 283-STF. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula no. 7-STJ.

1. (...)

2. *Tal fundamentação, contudo, não foi atacada pela parte recorrente, que, como é apta, por si só, para manter o decisum combatido, permite aplicar na espécie, por analogia, o óbice da Súmula no. 283 do STF, ante a ausência de impugnação de fundamento autônomo.*

3. *Alterar as conclusões adotadas pela Corte local, analisando as circunstâncias do caso concreto, tal como colocada a questão nas razões recursais, demanda reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula no. 7-STJ.*

4. *Recurso Especial não conhecido.*

(REsp no. 1.438.549-AL, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 20.6.2014)

Além disso, é evidente que a modificação de tais fundamentos exigiria o reexame de matéria fático probatória, inviável em sede de recurso especial nos termos da Súmula no. 7-STJ.

MÉRITO

LICITAÇÃO FRUSTRADA

O Tribunal *a quo*, ao julgar a controvérsia, expressamente consignou: *o convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis (art. 21, § 2o., IV); diante dos critérios previstos na Lei no. 8.666/1993, não havendo justificativa para a modalidade de licitação adotada no caso concreto, configurando a ilegalidade do certame, além do que não foi atendido ao comando previsto no art. 195, § 3o., da CF de 1988, e também violado o art. 9o., inc. III, da mesma lei, pela presença no quadro societário da contratada de dois servidores da Assembléia Legislativa; a ausência de observância de procedimentos legais na contratação e as ilegalidades cometidas no fornecimento de passagens aéreas (cancelamento de passagens pagas e reembolso ao titular do bilhete; venda de bilhetes em duplicidade; divergência de valores na emissão do bilhetes e das faturas; cobrança de passagens sem emissão de bilhetes são atos suficientes para configurarem atos de improbidade na forma prevista na Lei no. 8.429/1992 (fl. 2.714);*

Nenhum dos recorrentes impugnou o fundamento transcrito, que deve ser considerado apto, por si só, para manter o julgado impugnado no referido tópico, o que atrai a incidência da Súmula no. 283-STF.

ELEMENTO SUBJETIVO

Por outro lado, no tocante à presença de elemento subjetivo apto à configuração do ato de improbidade administrativa, o Tribunal de origem analisou individualmente a conduta dos ora recorrentes, nos seguintes termos (fls. 2.765-2.773 - sem destaques no original):

4.2 - Da Conduta dos Apelantes na Prática dos Atos ímprobos Comprovados nos Autos.

a) Silvernani César dos Santos.

O apelante Silvernani Santos afirmou que não praticou qualquer ato ilegal, pois, quanto à licitação, havia uma Comissão encarregada de selecionar corretamente as empresas contratadas. Sobre os cancelamentos de passagens, emissões irregulares e divergência de preços, aduziu que esses atos foram praticados de forma alheia à sua administração, mesmo porque o favorecido com a passagem poderia se dirigir diretamente perante a empresa ou companhia aérea e fazer o cancelamento (fj. 641 - vol. 3/10).

Ocorre que, o apelante confirmou saber que Rubens Moreira Mendes era servidor da Casa de Leis e sócio da empresa contratada para prestar o serviço de fornecimento de passagens. Com relação à apelante Maria Helena, pela análise das provas dos autos verifica-se que sua lotação na ALE era na Presidência, e, o apelante afirmou em juízo que não sabia que ela era servidora da Casa de Leis.

(fj. 641 - vol. 3/10) Sobre os cancelamentos de passagens ou sua emissão por meio de fraude para ser utilizada por pessoa diversa da beneficiada pela ALE ou para reembolso, de fato o que se verifica é que esse procedimento ilegal não passava pelo crivo do apelante, pois era feito diretamente na agência de viagens Tamatur ou na companhia aérea, pelas pessoas indicadas no bilhete.

Contudo, o que se constata dos autos é que o apelante, apesar de não anuir diretamente com a referida conduta, dela tinha conhecimento e, como presidente da ALE, nenhuma providência tomou para fazer cessar o prejuízo ao erário, ao contrário, afirmou em juízo que não havia regulamentação acerca do uso e concessão de passagens; não era necessário, em função das prerrogativas da função, justificar a destinação da passagem; que não competia ao MP ou ao Judiciário qualquer indagação sobre a questão, pois os deputados somente devem satisfação aos seus eleitores (fls. 68, vol. 1/10 - fls. 640-642, vol. 3110).

Nesse contexto verifica-se que, por conduta ativa, o apelante permitiu que as demais ilegalidades fossem cometidas, pois, anuiu à contratação da empresa Tamatur por meio de convite, da qual sabia ser sócio servidor da ALE e, por ato pessoal, dispensou a celebração de contrato com a referida empresa, instrumento apto a ensejar o controle administrativo.

Além disso, conforme demonstrado nos autos solicitou por meio de “bilhetes” manuscritos várias emissões de passagens, o que demonstra sua total falta de cuidado com a coisa pública (fls. 211-237 - vol. 1/10).

Como administrador público, ordenador de despesas, o apelante tinha o dever de agir e impedir que os cancelamentos de passagens fossem objeto de reembolso direto aos beneficiários dos bilhetes pagos pela ALE.

Deveria e detinha poderes para determinar providências que assegurassem a fiscalização da correta emissão e pagamento das passagens.

(...)

Dai porque não há que se falar na falta de dolo, pois de modo livre e espontâneo anuiu o apelante com as condutas impugnadas, violando princípios norteadores da licitação e causando prejuízo ao erário, com o que sua conduta se subsume ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992.

Não fosse esse o entendimento, ou seja, de que agiu com dolo, a manutenção da condenação do apelante se impõe, pois, o prejuízo ao erário ficou comprovado e, se como administrador público, ordenador de despesa, foi negligente, também nos termos do art. 10 combinado com o inc. II do art. 12 da LIA tem o dever de reparar.

b) Mário Sérgio Almeida Lemos

O apelante, apesar de afirmar que não participou do processo de licitação, foi o responsável pela criação do critério de seleção da empresa contratada (fls. 857-858 -vol. 5110), o que demonstra sua participação no processo licitatório ilegal.

Ainda, a conduta ímproba imputada ao apelante se constata pela apreensão de requisições de passagens aéreas, assinadas em branco, que foram encontradas dentro da empresa Tamatur durante a busca e apreensão de documentos.

A justificativa apresentada pelo apelante, foi de que agiu dessa forma em razão de doença que acometeu a então deputada Ivone Abraão e a necessidade de seu deslocamento, por meio de maca que implicaria a compra de cerca de 5 passagens e, ainda, dos acompanhantes “5 ou 6 médicos”. Afirmou que não estaria na cidade e, portanto, entregou as requisições assinadas em branco para a servidora Regina El Raphi, para preenchimento, após ser definida a empresa que prestaria o serviço (Tamatur ou Líder Táxi Aéreo) (fls. 625-626 - vol. 3/10).

O fato foi confirmado em juízo pela funcionária da Tamatur, Flaviana Alves (fls. 627, vol. 3/10), bem como pela deputada Ivone Abraão (fls. 1.160-1.161 - vol. 5/10), Ocorre que, a justificativa não faz cessar a ilegalidade, pois não era da responsabilidade da Casa de Leis o pagamento de transporte particular para tratamento de saúde dos deputados, muito menos de 5 ou 6 médicos para acompanhar a paciente.

Não há como não reconhecer que o apelante, juntamente com os demais réus, tratou a coisa pública como se particular fosse, desvirtuando e infringindo todos os princípios que regem a administração e, com sua conduta, causou prejuízo ao erário.

Ressalte-se que, mesmo que se admitisse que o apelante teve um justo motivo para assinar as requisições em branco, que foram encontradas dentro da empresa Tamatur, é da prova dos autos que o apelante praticou e foi conivente com outros atos de improbidade.

Em depoimento prestado em juízo, o apelante Mário Sérgio confessa que tinha conhecimento das irregularidades cometidas, pois afirma que houve solicitação por parte dos deputados, de ressarcimento parcial ou total, dos valores de passagens não utilizadas; de deputados que conseguiram, à revelia da Assembléia, o cancelamento do bilhete e a emissão de outro em nome de outra pessoa que efetivamente fazia uso da passagem; a conversão em pecúnia com a Tamatur de passagens emitidas e não utilizadas (fls. 625-626 - vol. 3/10) O apelante era diretor administrativo financeiro da ALE e, portanto, detinha condições de fiscalizar, não só a licitação e contratação da empresa Tamatur, mas também e, principalmente, a correta prestação do serviço de fornecimento de passagens, o que está demonstrado nos autos não o fez.

Não se mostra razoável imaginar que uma pessoa que exerceu o importante cargo de diretor financeiro da ALE, ao efetuar o pagamento de serviços que custaram milhões de reais (R\$ 2.268.646,24), não tivesse o dever de se informar se eles estariam sendo prestados de forma adequada.

A servidora Caria Maria Martins Lobo, em depoimento prestado perante a (sic) CIP afirmou que sempre levou ao conhecimento do superior Mário Sérgio a existência de irregularidades, porém não foram adotadas as providências (fl. 480 - vol. 3/10 - autos ação civil pública).

Nesse sentido registre-se, mais uma vez, o que estabelece o art. 4º da LIA, ou seja, a imposição de que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. Dessa forma, está demonstrado o dolo do apelante que, com sua conduta, livre e espontânea, anuiu aos fatos impugnados, conduta esta que violou princípios norteadores da licitação e da administração em geral, e que causou prejuízo ao erário.

Assim a conduta do apelante se subsume (sic) perfeitamente ao disposto no art. 10 c/c art. 12, inc. II, da Lei nº. 8.429/1992.

c) Rubens Moreira Mendes Filho

As condutas ímprobas imputadas ao apelante consistiram, primeiro, como servidor da ALE não poderia ter participado da licitação que teve como vencedora a empresa Tamatur, da qual era sócio, o que se subsume ao disposto no art. 10, inc. VIII, da LIA.

Segundo, todos os atos ilícitos confirmados nos autos, relacionados a (sic) emissão e cancelamento de passagens aéreas, foram praticados com autorização direta do apelante, ou com sua anuência, conforme ficou demonstrado pela produção da prova testemunhal (art. 10, inc. I, da LIA).

A prova testemunhal confirmou a participação efetiva do apelante nas condutas ímprobas constatadas pela prova pericial, e outra não poderia ser a conclusão, pois era sócio administrador da empresa Tamatur, logo, não seria sequer razoável concluir que não tinha conhecimento das fraudes praticadas no contrato de fornecimento de passagens aéreas para a ALE.

Ressalte-se que, como bem fundamentou a sentença, o próprio apelante confirmou que durante a vigência do contrato atendia pessoalmente os mais diversos pedidos dos deputados; além disso, as funcionárias da Tamatur confirmaram que os atos ilícitos eram praticados diretamente pelo apelante ou por ordem sua.

A conduta do apelante na condução pessoal do contrato de prestação de serviços foi ativa e dolosa; causou prejuízo ao erário, subsumindo-se ao disposto no art. 10 da LIA.

d) Maria Helena Erse Mendes

No que diz respeito à apelante Maria Helena, é incontroverso que era sócia da empresa Tamatur e participou diretamente do processo licitatório da Carta Convite no. 013/94. Assinou o recebimento da Carta e outros documentos que instruíram o procedimento licitatório.

Também constou dos autos que quando da contratação da empresa a apelante exercia a função de servidora da ALE, em cargo comissionado no Gabinete da Presidência daquela Casa Legislativa, o que violou o disposto no art. 9o., inciso III, § 3o. da Lei no. 8.666/1993.

Além disso, é fato que a apelante era gerente legalmente constituída e, seja na administração ou na realização de pacotes, não poderia alegar desconhecimento dos atos que aconteciam dentro da empresa da qual era sócia gerente, os quais eram de conhecimento inclusive dos funcionários. Registro o entendimento do colendo STJ, no sentido de que não há que se falar em conduta ímproba do agente, apenas por ser sócio da empresa que é condenada por improbidade, devendo, nesta hipótese, restar demonstrado que houve conduta dolosa ou culposa, ou ao menos a percepção pelo sócio, de benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária (REsp no. 1.127.143-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 3.8.2010).

Ocorre que, este não é o caso dos autos, a apelante exercia a gerência da empresa e nessa condição praticou atos que comprovam o prejuízo suportado pela administração, ou seja, sua responsabilidade por ato de improbidade vai além do fato de ser sócia da empresa Tamatur à época dos fatos.

(...)

Por estas razões, a condenação em ressarcimento se adequa ao disposto no art. 10 da LIA.

Ressalte-se que, em razão do falecimento da apelante, as sanções civis impostas restam extintas, salvo a de multa civil e o ressarcimento ao erário que, nos termos do art. 8o. da Lei no. 8.429/1992, são transferidos aos sucessores da apelante até o limite do valor da herança.

(...)

e) Jaqueline Moraes de Melo

A apelante Jaqueline alega que não há na demanda qualquer conduta dolosa ou culposa a ela imputada e que foi condenada apenas e tão somente por ser sócia da empresa Tamatur.

De fato nenhuma conduta pessoal é imputada à apelante, contudo, a condenação não se deu de forma objetiva, pois como sócia da empresa, da qual também participava ativamente da administração, não há como reconhecer que não tivesse conhecimento dos atos ilícitos que foram constatados nos autos.

Não houve condenação apenas por figurar como sócia da empresa, o que, conforme já fundamentado, não se coaduna com a jurisprudência do colendo STJ.

A apelante, participava ativamente da administração da Tamatur, e, registre-se, por relevante, que a presente demanda se iniciou por denúncia perante o Ministério Público, a qual foi apresentada por Fernando Enes Filho, companheiro da apelante à época dos fatos.

Está evidenciado que a apelante, se não praticou pessoalmente qualquer das condutas ilícitas constatadas nos autos, como sócia administradora da empresa anuiu, mesmo que de forma omissiva, com os atos ímprobos, deles inclusive se beneficiando.

(...)

Dessa forma, a condenação imposta na sentença não foi presumida, sendo devido o ressarcimento constatado por meio de prova pericial conclusiva, já que, como administradora da empresa Tamatur, foi ao menos negligente da condução do contrato celebrado com a ALE, subsumindo-se tal conduta ao disposto no ato. 10 da LIA que admite a improbidade dolosa ou culposa.

Ainda, a condenação ao ressarcimento de forma solidária, e não de forma proporcional como quer a apelante, encontra respaldo na lei.

(...)

Assim, a imposição à apelante, de condenação ao ressarcimento, de forma solidária, não merece qualquer reparo, pois sua conduta causou prejuízo ao erário e violou princípios que regem a administração, o que se subsume ao disposto no art. 10 da Lei no. 8.429/1992.

A leitura dos trechos transcritos permitem afirmar que a Corte de origem analisou de maneira individual e detalhada a conduta de cada um dos envolvidos no ato de improbidade administrativa e observou o fato de estarem expressamente fundadas nas provas produzidas nos autos, reconhecendo a presença do indispensável elemento subjetivo (culpa

ou dolo) com a consequente imposição das sanções previstas na Lei no. 8.429/1992. Assim, é manifesto que a pretendida reversão dos termos do acórdão recorrido depende de prévio exame fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula no. 7-STJ.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Improbidade administrativa. Elemento subjetivo da conduta. Ausência de comprovação assentada pela instância julgante de origem. Revisão em sede especial. Impossibilidade. Óbice do Verbete Sumular 7-STJ. Precedentes do STJ. Agravo não provido.

1. “A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º. e 11 da Lei no. 8.429/1992, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10” (AIA no. 30-AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 28.9.2011).

2. *Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido demandaria o reexame de matéria fática-probatória, o que é vedado em sede especial, nos termos do Enunciado Sumular no. 7-STJ. Precedentes do STJ.*

3. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp no. 291.244-MG, 1a. Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 29.10.2013)

Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Necessidade de reexame probatório. Súmula no. 7-STJ.

1. *Não cabe na via especial a revisão das premissas fáticas de julgamento. Na espécie, a Corte de origem concluiu pela existência de improbidade administrativa consistente em pagamento de propina a oficial de Justiça. Precedentes.*

2. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp no. 39.022-RS, 2a. Turma Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 21.6.2013)

CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA POR ATO DE IMPROBIDADE LESIVO AO ERÁRIO

Os recorrentes apresentaram irresignação no tocante à condenação solidária na restituição de eventuais danos causados ao erário. Entretanto, a orientação deste Tribunal Superior é no sentido de que, nos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, a responsabilidade entre ímprobos é solidária, o que poderá ser reavaliado por ocasião da instrução final do feito ou ainda em fase de liquidação, inexistindo violação ao princípio da individualização da pena. Confira-se:

Recurso especial. Improbidade administrativa. Responsabilidade solidária. Indisponibilidade de bens. Limite da constrição. Quantum suficiente ao integral ressarcimento do dano.

1. No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, a responsabilidade dos agentes em concurso é solidária.

2. É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos co-obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela.

3. Os patrimônios existentes são franqueados à cautelar, tanto quanto for possível determinar, até a medida da responsabilidade de seus titulares obrigados à reparação do dano, seus acréscimos legais e à multa, não havendo, como não há, incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis.

2. Recurso especial improvido.

(REsp no. 1.119.458-RO, 1a. Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 29.4.2010)

Processual Civil. Administrativo. Medida cautelar. Bloqueio de bens. Responsabilidade solidária. Improbidade administrativa. Ausência de perigo da demora e de fumaça do bom direito. Insuficiência dos bens e valores bloqueados para o ressarcimento ao erário. Impossibilidade de liberação da constrição por esta Corte.

1. É entendimento assente que, nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito, em que se poderá delimitar a quota de

responsabilidade de cada agente para o ressarcimento. Não existe, portanto, ofensa alguma aos preceitos de individualização da sanção.

2. Os bens e valores bloqueados são insuficientes para o ressarcimento do prejuízo causado ao Poder Público, o que impossibilita a sua disponibilização irrestrita e incondicionada por decisão desta Corte.

3. O levantamento parcial da construção pode ser feito, com base na situação concreta, pelo juízo competente de acordo com o seu livre convencimento motivado, utilizando do princípio da proporcionalidade e razoabilidade para liberar as verbas constringidas, a fim de se evitar que as empresas envolvidas venham a ter sua atividade comercial inviabilizada.

4. Ausente fumus boni iuris e periculum in mora justificadores da medida excepcional.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na MC no. 15.207-RJ, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 18.9.2009)

MULTA TRANSMISSÍVEL AOS HERDEIROS

As sanções de natureza pecuniária prevista na Lei de Improbidade Administrativa, especificamente a multa civil e o ressarcimento ao erário, são transferidas aos herdeiros nos limites da herança, nos termos do art. 8o. da Lei no. 8.429/1992: *O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.*

A Primeira Seção desta Corte Superior, ao interpretar o mencionado dispositivo legal, afirmou que *a multa civil é transmissível aos herdeiros, 'até o limite do valor da herança', somente quando houver violação aos arts. 9o. e 10 da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11 (excerto da ementa do REsp no. 951.389-SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 4.5.2011).*

No caso concreto, os recorrentes foram condenados por ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10 da Lei no. 8.429/1992 em face da lesão causada ao erário, o que justifica a imposição do pagamento da multa civil aos herdeiros da falecida Maria Helena Erse Mendes.

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES

Por outro lado, é importante consignar que os integrantes do Órgão Julgador divergiram tão somente no tocante a manutenção das sanções de perda das funções públicas e suspensão de direitos políticos pelo prazo de cinco anos. O voto vencedor da manutenção das penalidades consignou (fls. 2.777-2.783):

A Lei no. 8.429/1992 apresenta-se como notável instrumento para assegurar a probidade administrativa, resguardando, com a prudência que se exige, a incolumidade do patrimônio público e o respeito aos princípios da sã Administração, com o ressarcimento do erário, a punição dos culpados e seu afastamento, ainda que momentâneo, do cenário político-administrativo.

Desde logo, ressalto não se está a defender aqui a aplicação desmedida das sanções previstas na LIA c/c o art. 37, § 4o. da Constituição Federal de 1988, pois consagrado na doutrina e na jurisprudência a necessidade de se levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único).

(...)

Conquanto, não se pode “tabelar” a gravidade das condutas para fins de se aferir o grau e, por consequência, enquadrá-las como proporcionais e razoáveis, ou não. Deve-se, para tanto, guardar correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a dimensão funcional e o grau de responsabilidade do agente público.

A aplicação das sanções, portanto, deve-se direcionar pela gravidade do ato de improbidade, analisada de forma casuística, e pela necessidade de restringir determinado direito que o improbo demonstra não ser digno de possuir.

Mergulhando-se no caso concreto e seu reflexo perante a Administração Pública, extrai-se a grave lesividade das condutas perpetradas pelos agentes, que, além de violarem princípios por demais basilares no trato da coisa pública, lesionaram o erário em R\$ 674.797,27 (seiscentos e setenta e quatro mil, setecentos e noventa e sete reais e vinte e sete centavos), valor este corrigido até 30.6.2002, mediante procedimentos fraudulentos (cancelamento, venda em duplicidade e divergência de valores nos bilhetes emitidos) para pagamento à Tamatur por emissão de passagens aéreas.

Extrai-se dos fatos apontados na sentença recorrida, e aqui repisados, que a aplicação da perda da função pública e suspensão dos direitos políticos ocorreu de forma fundamentada, proporcional e razoável.

E inequívoco que as condutas dos Apelantes encerram improbidade palmar, evidenciando um reprovável malbaratamento do patrimônio público com a) a anuência direta e ilegal á contratação da empresa Tamatur por meio de licitação do tipo convite; b) a ausência de fiscalização na emissão e no pagamento das passagens; c) confusão entre a coisa pública e o patrimônio privado, desvirtuando-se, assim, todos os princípios que regem o Poder Público.

Como cediço, a Lei de Improbidade Administrativa objetiva, além do ressarcimento integral do dano, afastar todos os agentes que demonstram uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida, o que torna, no mínimo, insensato restringir os seus efeitos quando patente sua pertinência, como na espécie. Ao prevalecer entendimento diverso, ter-se-á a inusitada situação de permanência no cenário político-administrativo de agentes exercendo atividades de interesse coletivo que exigem aptidões e virtudes que já demonstraram não possuir.

E isto serviria, mesmo, como paliativo ao dano sofrido pela sociedade, trazendo a atitude improba para a esfera do normal numa sociedade de Direito e, com isso, o Judiciário não pode pactuar.

(...)

Não estou a olvidar, ainda, que a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos são as mais drásticas das sanções estipuladas pela Lei no. 8.429/1992 e que suas imposições traduzem impedir, de forma justificada e temporária, o exercício de direitos fundamentais; entretanto, atos de improbidades como os concatenados pelos Apelantes, neste feito, coadunam-se com suas aplicações.

Destarte, a firme conclusão de que o sentenciante prestigiou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, como se vê, a devolução ao erário do montante então dilapidado, a multa civil e o impedimento de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios não seriam, por si sós, punições equivalentes. às condutas dos Apelantes (pessoas físicas) nem teria o aspecto profilático que a LIA deve ter.

(...)

E ressalto, como dito alhures, que o foro por prerrogativa de função se restringe ao campo penal e, ainda que atualmente um dos apelantes exerça cargo eletivo, a competência para processamento e julgamento de ação civil pública, na origem, estende-se ao magistrado de primeiro grau, juiz natural da causa, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Ante o exposto, identificada a incompatibilidade entre a gestão da coisa pública e as condutas de todos os agentes/apelantes, o que se tornou claro com a prática do ato de improbidade administrativa, acompanho em parte o voto do e. relator, dele divergindo apenas para manter as sanções de perda das funções públicas e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos.

A simples leitura do trecho transcrito permite afirmar que a análise da pretensão recursal no sentido de que as sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula no. 7-STJ.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Servidor público. Município de Erechim. Aquisição de imóveis pela prefeitura municipal. Expropriação amigável. Apropriação ilegal de parte do valor por servidor público e terceiro. Incidência dos arts. 1o. e 3o. da Lei no. 8.429/1992. Art. 535 do CPC. Violação não caracterizada. Dosimetria. Art. 12 da LIA. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Súmula no. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Os arts. 1o. e 3o. da Lei no. 8.429/1992 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.

3. Diante do óbice da Súmula no. 7-STJ, a verificação da proporcionalidade e da razoabilidade da sanção aplicada pelo Tribunal de origem não pode ser feita em recurso especial.

4. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula no. 7-STJ).

5. Recursos especiais conhecidos em parte e não providos.

(REsp no. 1.203.149-RS, 2a. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 7.2.2014)

Administrativo. Improbidade administrativa. Penalidades. Cumulação. Possibilidade. Art. 12 da Lei no. 8.429/1992, com redação dada pela Lei no. 12.120/2009. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Incidência da Súmula no. 7-STJ.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em obediência aos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, cada inciso do art. 12 da Lei no. 8.429/1992 traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente, cabendo ao magistrado a sua dosimetria, como bem assegura o seu parágrafo único.

3. Hipótese em que as penalidades foram aplicadas de forma razoável e proporcional ao ato praticado não merecendo reforma o acórdão recorrido. Ademais, modificar o posicionamento adotado pela instância ordinária envolve o reexame de provas, o que é inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula no. 7-STJ.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido.

(EDcl no AREsp no. 360.707-PR, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 16.12.2013)

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Ato de improbidade. Cumulação de cargo. Requisitos constitucionais. Ausência. Sanção de reparação do dano causado ao Poder Público. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Súmula no. 7-STJ. Acórdão em consonância com o entendimento do STJ. Súmula no. 83-STJ. Agravo não provido.

1. A desconstituição do julgado para se verificar a presença dos elementos essenciais a configuração de ato de improbidade não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento de análise próprio das

instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula no. 7-STJ.

2. O Superior de Justiça já adotou o posicionamento de que é possível a condenação apenas quanto ao pedido de ressarcimento (REsp no. 928.725-DF, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 5.8.2009).

3. No caso em exame, o Tribunal a quo, fundamentadamente, fixou apenas a sanção de reparação do dano causado ao Poder Público, prevista na Lei de Improbidade Administrativa, levando em consideração os elementos do caso concreto, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp no. 39.018-MG, 1a. Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 27.8.2012)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, os RECURSOS ESPECIAIS devem ser PARCIALMENTE CONHECIDOS e, nessa parte, NÃO PROVIDOS.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, V. Exa. disponibilizou o voto com antecedência e o li atentamente, como também ouvi, com atenção, a sustentação oral.

O voto de V. Exa., efetivamente, é exaustivo, examina toda a matéria discutida nos autos e não tenho dúvida em acompanhá-lo.



Advogados: Esequias Pegado Cortez Neto

Daniel da Frota Pires Censoni e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

EMENTA

Processo Civil e Administrativo. Prescrição. Reeleição. Prefeito municipal. Interregno entre mandatos. Eleição anulada. Posse do Presidente da Câmara por determinação da Justiça Eleitoral. Novo pleito. Posse com conclusão do mandato na reeleição. Mandatos consecutivos. Termo inicial da prescrição. Término do segundo mandato. Inexistência de prescrição. Precedentes. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Possibilidade. Precedentes. Elemento subjetivo. Dolo caracterizado. Contrato sem licitação de pessoa vedado pela Lei Orgânica. Violação dos princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade. Precedentes. Revisão da dosimetria das penas. Impossibilidade reexame de matéria fático-probatória. Súmula no. 7-STJ.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos, a saber se ocorreu ou não a prescrição da ação civil pública, por improbidade administrativa, uma vez que houve um lapso temporal entre o primeiro mandato de prefeito municipal, cumprido integralmente, e o segundo, após anulação do pleito eleitoral, com posse provisória do Presidente da Câmara, por determinação da Justiça Eleitoral.

2. Reeleição pressupõe mandatos consecutivos. A legislatura corresponde a um período, atualmente, em caso de prefeitos, de quatro anos. O fato de o Presidente da Câmara Municipal ter assumido provisoriamente, conforme determinação da Justiça Eleitoral, até que fosse providenciada nova eleição, não descaracterizou a legislatura, esta correspondente ao período de 01 de janeiro de 2005 a 31 dezembro de 2008.

3. Não ocorrendo a prescrição, prevalece o entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte, no sentido de que, no caso de agente político detentor de mandato eletivo ou de ocupantes

de cargos de comissão e de confiança inseridos no polo passivo da ação, inicia-se a contagem do prazo com o fim do mandato. Exegese do art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992. Precedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei no. 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. Precedentes.

5. No caso dos autos, ficou comprovada a utilização de recursos públicos na contratação de transporte escolar, sem licitação, sendo o contratado pai de um vereador, conduta vedada pela Lei Orgânica Municipal. Caso em que a conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em especial a impessoalidade, a moralidade e a legalidade. Precedentes.

6. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula no. 7-STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de outubro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 16.10.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por JOSÉ ROBSON DE SOUZA, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte assim ementado (fls. 413-415, e-STJ):

Apelação cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito. Preliminares de prescrição e de nulidade da sentença. Transferência para o mérito. Reeleição. Termo a quo do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade. Término do segundo mandato. Inteligência do art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992. Precedentes do STJ. Nulidade da sentença. Ausência de interesse processual. Agente político. Alegação de impossibilidade de sujeição à Lei de Improbidade Administrativa. Rejeição. Aplicabilidade da Lei no. 8.429/1992 a prefeitos e ex-prefeitos. Reclamação no. 2.138 do STF que não tem efeitos erga omnes e eficácia vinculante. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. Serviço de transporte escolar. Dispensa de licitação. Contratação de parente de vereador. Afronta à Lei Orgânica Municipal. Violação aos princípios da impessoalidade, legalidade e moralidade. Configuração de ato ímprobo. Art. 11, caput e inciso I, da Lei no. 8.429/1992. Ausência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito do agente. Irrelevância para a caracterização do ato de improbidade. Presença do elemento subjetivo doloso. Precedentes do STJ. Dosimetria das penalidades aplicadas. Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apelo conhecido e desprovido.

- “O termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato” (STJ, 1T, REsp no. 1.153.079-BA, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 29.4.2010).

- “Ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei no. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos na via da ação civil pública de improbidade administrativa e, por outro lado, o eg. STF já decidiu que a Reclamação no. 2.138 traduz caso de ex-Ministro de Estado, não possuindo qualquer efeito vinculante a outras hipóteses” (STJ, 1T, REsp no. 1.103.011-ES, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 20.5.2009).

- *A contratação, sem licitação e sem justificativa razoável para tanto, do pai de um dos vereadores do município para prestar serviços de transporte escolar, remunerando este para que levasse à escola as suas próprias netas, revela a indisfarçável intenção do prefeito (agora ex-prefeito) de burlar regras legais, representando o malferimento de princípios da Administração Pública (moralidade, impessoalidade e legalidade) e caracterizando, portanto, a prática de ato ímprobo descrito no caput e no inciso I do art. 11 da Lei no. 8.429/1992.*

- *“As condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente. Precedentes” (STJ, 2T, REsp no. 1.227.849-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Min. CASTRO MEIRA, DJe 13.4.2012).*

- *À luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (proibição de excesso), as sanções aplicadas na sentença guardam relação de pertinência com o ilícito praticado, sendo bastantes para coibir elou reprimir a conduta atentatória à moralidade administrativa, porém sem se revelarem desnecessárias e inadequadas à finalidade pretendida pela lei*

- *Apelação cível conhecida e desprovida.*

No recurso especial, o recorrente alega violação dos arts. 1o., 2o., 11 e 23 da Lei no. 8.429/1992 e 3o. do Código de Processo Civil.

Assevera que (fls. 438-439, e-STJ):

O Recorrente foi Prefeito de Afonso Bezerra-RN no período 2001/2004, tendo tomado posse no dia 1º de janeiro de 2001 e terminado seu mandato em 31 de dezembro de 2004.

Mesmo eleito em 3 de outubro de 2004, sequer chegou a assumir e dar continuidade ao mandato, pois teve seu registro de candidatura cassado no dia 14 de dezembro de 2004, em virtude de condenação na Representação Eleitoral no. 005/04, que tramitou perante a 54a. Zona Eleitoral do Estado do Rio Grande do Norte, com sede no Município de Afonso Bezerra-RN.

O Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Norte – TRE-RN, dando provimento parcial ao recurso interposto pelo ora Recorrente, manteve a cassação do registro e determinou a renovação do pleito, aplicando-se ao caso o artigo 224 do Código Eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral manteve esta decisão, conforme inteiro

teor do Acórdão ora anexado, LUIZ ELIZEU BEZERRA NETO, eleito vereador em 3 de outubro de 2004 e então Presidente da Câmara Municipal de Afonso Bezerra-RN, tomou posse no cargo de Prefeito em 1º de janeiro de 2005.

Em 24 de novembro de 2005, foi editada a Resolução do TRE-RN no. 16/2005 (doc. anexo), marcando eleição em Afonso Bezerra-RN para o dia 22 de janeiro de 2006, abrindo-se o processo eleitoral em 15 de dezembro de 2005, primeiro dia para a realização das Convenções Partidárias.

Nessa eleição, o Recorrente foi eleito Prefeito, tendo tomado posse no dia 17 de fevereiro de 2006.

Como visto, houve uma interrupção de 1 ano, 1 mês e 17 dias, entre os mandatos do Réu como Prefeito de Afonso Bezerra-RN.

Alega que, como se vê, não há interesse na presente demanda, razão pela qual requer o acolhimento das razões aqui apontadas para extinguir a presente ação, sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir, ou outra que essa Corte entender, uma vez que os agentes políticos não aderem às normas da Lei no. 8.429/1992 (fl. 442, e-STJ).

Aduz que não há má-fé nem dolo por parte do gestor, ao contratar pessoa em pé de igualdade com outras no Município de Afonso Bezerra-RN, como é plenamente permitido na Lei Orgânica. Se há permissão expressa nesse sentido, deve ser afastado o tipo do art. 11, I da Lei no. 8.429/1992 (fl. 449, e-STJ).

Alerta que, volvendo ao assunto do elemento subjetivo, o ímpeto doloso de descumprir os princípios constitucionais resta plenamente demonstrado que inexistiu no caso dos autos, principalmente porque houve igualdade entre as demais pessoas do Município para concorrência ao pleito e posto que não houve dolo, má-fé, dano ao erário, nem enriquecimento ilícito do Recorrente (fl. 456, e-STJ).

Por fim, alega que, ademais, as sanções aplicadas ao Recorrente são por demais excessivas, pelo que se requer a devida reforma por essa Colenda Corte (fl. 464, e-STJ).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 470-498, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade negativo na instância de origem (fls. 501-505, e-STJ).

Interposto agravo, este relator achou por bem dar-lhe provimento para convertê-lo em recurso especial.

Parecer ministerial assim ementado (fl. 579, e-STJ):

1. Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Ex-Prefeito. Contratação de Serviço de Transporte Escolar. Parente de Vereador. Dispensa indevida de Licitação. Reexame de provas. Incidência do Enunciado no. 7 da Súmula do STJ. Prescrição. Inocorrência.

2. Violação aos princípios da Administração Pública. Improbidade Administrativa. Caracterizada. Art. 11 da LIA. Dolo genérico. Configurado.

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento e improvimento do Recurso Especial para manter o acórdão recorrido.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O recurso não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia dos autos, a saber se ocorreu ou não a prescrição da ação civil pública, por improbidade administrativa, uma vez que houve um lapso temporal entre o primeiro mandato de prefeito municipal, cumprido integralmente, e o segundo, após anulação do pleito eleitoral, com posse provisória do Presidente da Câmara, por determinação da Justiça Eleitoral.

O recorrente, ex-prefeito da cidade de Afonso Bezerra-RN, exerceu seu primeiro mandato no período de janeiro de 2001 e 31 de dezembro de 2004.

No ano de 2004 foi reeleito, porém teve seu registro de candidatura cassado.

Tomou posse o Presidente da Câmara Municipal, permanecendo na função de Chefe do Executivo até 17 de janeiro de 2006, quando o recorrente, após novamente ter sucesso em seu pleito eleitoral, exerceu seu mandato até 31.12.2008.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ajuizou ação civil pública, por improbidade administrativa, em 27.7.2010.

O recorrente alega ocorrência de prescrição, uma vez que ocorreu mais de cinco anos do final do mandato – 31.12.2004 – e quase dez anos do ato tido por improbo.

O cerne da controvérsia, a saber, é se o interregno entre o final do mandato, conforme alega o recorrente – 1 ano, 1 mês e 17 dias –, interrompeu ou não a prescrição.

Sua tese não merece prosperar.

Reeleição pressupõe mandatos consecutivos. A legislatura corresponde a um período, atualmente. Em caso de prefeitos, de quatro anos.

O fato de o Presidente da Câmara Municipal ter assumido provisoriamente, conforme determinação da Justiça Eleitoral, até que fosse providenciada nova eleição, não descaracterizou a legislatura, esta correspondente ao período de 01 de janeiro de 2005 a 31 dezembro de 2008.

Não ocorrendo a prescrição, prevalece o entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte, no sentido de que, no caso de agente político detentor de mandato eletivo ou de ocupantes de cargos de comissão e de confiança inseridos no polo passivo da ação, inicia-se a contagem do prazo com o fim do mandato. Exegese do art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992.

Nessa direção, os seguintes precedentes:

Administrativo. Improbidade administrativa. Prescrição. Art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992. Reeleição. Termo inicial encerramento do segundo mandato. Ato ímprobo. Elemento subjetivo culpa caracterizada. Precedentes. Súmula no. 83-STJ.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é assente em estabelecer que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato.

(...)

(AgRg no AREsp no. 161.420-TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 3.4.2014, DJe 14.4.2014.)

Administrativo e Processual Civil. Ação de improbidade administrativa. Prescrição. Art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992. Reeleição. Termo inicial encerramento do segundo mandato.

1. *É firme a jurisprudência do STJ, no sentido de se contar o prazo prescricional previsto no art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992, nos casos de reeleição, a partir do encerramento do segundo mandato, considerando a cessação do vínculo do agente ímprobo com a Administração Pública.*

2. *Recursos especiais providos.*

(REsp no. 1.290.824-MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 19.11.2013, DJe 29.11.2013.)

Administrativo. Improbidade administrativa. Prescrição. Termo inicial. Reeleição. Término do segundo mandato.

1. *O prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa deve ser contado a partir do segundo mandato em caso de reeleição porquanto, em que pesem sejam mandatos diferentes, existe uma continuidade no exercício da função pública pelo agente público.*

2. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp no. 1.259.432-PB, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 6.12.2012, DJe 4.2.2013.)

Administrativo. Agravo. Recurso especial. Improbidade. Prefeito. Reeleição. Prazo prescricional. Dies a quo. Término do segundo mandato. Alínea c. Súmula no. 83-STJ.

1. *A questão resume-se a saber se o prazo prescricional da ação de improbidade administrativa contra ato praticado no primeiro mandato de Prefeito será contado a partir do término deste mandato ou, no caso de reeleição, do segundo mandato.*

2. *A Lei de Improbidade associa, no artigo 23, inciso I, o início da contagem do prazo prescricional a cessação do vínculo temporário do agente ímprobo com a Administração Pública, ou, em outras palavras, o término do exercício de mandato eletivo.*

(...)

5. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp no. 119.023-MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 12.4.2012, DJe 18.4.2012.)

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS AGENTES POLÍTICOS

O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei no. 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos.

Nesse sentido:

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Contrariedade a dispositivo constitucional. Competência do STF. Ausência de prequestionamento. Súmula no. 211-STJ. Agente político. Prefeito. Submissão às normas da Lei no. 8.429/1992. Precedentes do STJ. Art. 10 da Lei no. 8.429/1992. Elemento subjetivo. Configuração de culpa. Lesão ao erário. Circunstância expressamente reconhecida pelo Tribunal de origem. Revisão das sanções impostas. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Reexame de matéria fático probatória. Impossibilidade. Súmula no. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. O Superior Tribunal de Justiça não é competente para analisar, em sede de recurso especial, eventual violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula no. 211-STJ.

3. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido da aplicabilidade das normas da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, haja vista que ela não se mostra incompatível com o Decreto-Lei no. 201/1967.

(...)

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp no. 1.513.451-CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 18.6.2015, DJe 26.6.2015.)

Processual Civil. Agravo regimental. Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Aplicabilidade aos agentes políticos.

Reconhecimento de repercussão geral pelo STF. Desnecessidade de sobrestamento do julgamento do recurso especial.

1. *Nos termos da jurisprudência do STJ, a pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, não implica o sobrestamento de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.*

2. *O Superior Tribunal de Justiça admite “a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei no. 8.429/1992, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado ratione personae na Constituição da República vigente” (REsp no. 1.282.046, RJ, Relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 27.2.2012).*

3. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AgRg no REsp no. 1.316.294-RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, Desembargador convocado do TRF 1a. Região, Primeira Turma, julgado em 16.6.2015, DJe 24.6.2015)

Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Improbidade administrativa. Elemento subjetivo do tipo ímprobo. Reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial. Impossibilidade. Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados. Aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos. Acórdão embargado em harmonia com a jurisprudência do STJ. Súmula no. 168-STJ.

1. *A Corte Especial firmou compreensão segundo a qual não cabem embargos de divergência com a finalidade de discutir eventual equívoco quanto ao exame dos requisitos de admissibilidade de recurso especial, tais como aqueles referentes à deficiência de fundamentação, ausência de prequestionamento, ao reexame de provas, à necessidade de interpretação de cláusulas contratuais.*

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente quanto à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Incidência do óbice da Súmula no. 168-STJ.*

3. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg nos EREsp no. 1.294.456-SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 13.5.2015, DJe 19.5.2015.)

DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No caso dos autos, ficou comprovada a utilização de recursos públicos na contratação de transporte escolar, sem licitação, sendo o contratado pai de um vereador, conduta vedada pela Lei Orgânica Municipal.

É o que se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 426-428, e-STJ):

O apelante foi acionado pelo parquet porque, no ano de 2001, na condição de Prefeito Municipal de Afonso Bezerra, contratou, sem licitação, o pai do então Vereador ELIAS NÓIA PEREIRA, senhor JOSÉ PEREIRA NETO, para prestar serviço de transporte escolar, pagando o valor de R\$ 4.220,00, dividido em 10 parcelas mensais, ferindo, desta feita, o disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal, assim como o que prevê o art. 101, caput, da Lei Orgânica Municipal!

Os documentos de fls. 17-54 (Notas de Empenho, Ordens de Serviço, Recibos, Contratos de Locação de Veículo e Termo de Dispensa de Licitação) demonstram, extreme de dúvidas, a contratação, sem concorrência, do senhor JOSÉ PEREIRA NETO para realizar o transporte de estudantes da comunidade de Santa Maria, Alto da Felicidade para Nova Descoberta no ano de 2001.

Já o Ofício no. 001/2006 da Câmara Municipal de Afonso Bezerra (fl. 58) atesta que, na legislatura de 2001 a 2004, ELIAS NÓIA PEREIRA era vereador e o documento de fl. 69 revela ser ele filho de JOSÉ PEREIRA NETO - que veio a óbito em 18.5.2006 (fl. 98) demonstrando-se, assim, que o MUNICÍPIO DE AFONSO BEZERRA, na gestão do apelante, firmou contrato de prestação de serviços com pessoa cuja contratação era vedada pelo caput do art. 101 da Lei Orgânica Municipal (fl. 122).

De mais a mais, veja-se que as estudantes transportadas pelo serviço contratado (fl. 76) eram, nada mais nada menos, do que as próprias netas do senhor JOSÉ PEREIRA NETO, sobrinhas do vereador ELIAS NÓIA PEREIRA (vide Termo de Declaração à fl. 103).

Em conclusão: o apelante, Prefeito de Afonso Bezerra, dolosamente contratou (porque sem licitação e sem justificativa razoável para tanto), o pai de um dos vereadores do município, o que era vedado por lei, remunerando este último para que transportasse as suas próprias netas à escola!

De forma irrepreensível, o MM. juiz de primeira instância pontuou que:

“(...) o demandado, mesmo ciente de que a Lei Orgânica Municipal, inspirada na Constituição Federal, impedia a contratação de parentes de ocupantes de cargo no município, no intuito de fulminar o famigerado nepotismo, não hesitou em, por ato voluntário, firmar contrato de prestação de serviços de transporte escolar com o Sr. José Pereira Neto, que era genitor do então vereador Elias Nóia Pereira, fato este que não chegou a ser contestado e que está documentalmente comprovado nos autos. (...).

(...).

Acrescente-se que o Vereador Elias Nóia Pereira, em seu depoimento perante o Ministério Público (fls. 103), admitiu que vários alunos que eram transportados por seu genitor era parentes do mesmo, o que, por si só, agrava a reprovabilidade da conduta do demandado.

Com efeito, observa-se que o Sr. José Pereira Neto foi contratado e pago pelo município de Afonso Bezerra para conduzir os seus próprios netos à escola, o que representa inegável conduta atentatória aos princípios da Administração Pública.

(...).

Observa-se, por oportuno, que não existe prova nos autos de que tenha havido concorrência de terceiros, até mesmo porque a licitação foi dispensada, conforme demonstrado supra.

Do mesmo modo, inexistente no processo qualquer estudo ou laudo técnico atestando que não havia outros veículos aptos a realizar o transporte dos estudantes da região, o que corrobora a ilicitude da conduta do réu.

Verifica-se, pois, que o ex-Prefeito contratou parente de vereador, de forma ilegal e imoral, para fazer o transporte escolar, com dispensa de licitação, sendo patente a intenção de se beneficiarem em detrimento de outras pessoas que não tiveram a oportunidade de concorrer, apresentado as suas propostas, na forma dos trâmites legais.

É sobre estes fundamentos que se faz possível concluir pela prática de ato ímprobo por parte dos demandados [sic], materializado na prática inserta no artigo 11, caput. e inciso I, da Lei no. 8.429/1992.

(...).

A despeito do ato ímprobo praticado pelo réu, cumpre verificar que, de fato, não há prova de prejuízo patrimonial para o ente municipal,

sobretudo porque inexistente nos autos qualquer indício de prova de que a conduta tenha causado lesão ao erário.

(...).

Destarte, entende-se que não há subsunção da conduta do réu aos artigos 9o. e 10.” da Lei no. 8.429/1992, mas tão somente em seu art. 11, que se refere aos ‘Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública.

(...).” (Fls. 247/8. *Itálico, negritos e sublinhados no original*).

Como se vê, o julgador monocrático não ignorou as provas dos autos, proferindo sentença nos mesmos moldes de outras já prolatadas contra o apelante, como afirmado nas razões recursais, mas, ao contrário, fez detida análise do conjunto probatório existente, motivando fundamentadamente sua decisão condenatória.

O fato é que se mostra incontestado a prática de ato de improbidade na espécie, pois a contratação levada a termo contrariou expressa disposição legal, evidenciando-se no intencional proceder do apelante uma clara violação aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Caso em que a conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em especial a impessoalidade, a moralidade e a legalidade.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Omissão inexistente. Art. 535 não violado. Ação civil de improbidade administrativa. Contratação por município de escritório de advocacia sem licitação. Hipótese em que não há inexigibilidade. Serviços técnicos não singulares. Violação dos arts. 25, II, § 1o. c/c 13, V, da Lei no. 8.666/1993. Improbidade administrativa. Art. 11 da Lei no. 8.429/1992.

(...)

7. A contratação de serviços sem procedimento licitatório quando não caracterizada situação de inexigibilidade viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade. Improbidade administrativa - art. 11 da Lei no. 8.429/1992.

8. *É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei no. 8.429/1992 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.*

9. *Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido, com a devolução dos autos para a instância de origem para a apreciação das penalidades cabíveis.*

(REsp no. 1.444.874-MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 3.2.2015, DJe 31.3.2015.)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil de improbidade administrativa. Ausência de prequestionamento. Súmula no. 211-STJ. Fundamento autônomo não atacado. Súmula no. 283-STF Arts. 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992. Lesão ao erário e violação a princípios administrativos. Atos ímprobos expressamente reconhecidos pelo Tribunal de origem. Revisão. Reexame de matéria fático probatória. Impossibilidade. Súmula no. 7-STJ. Agravo regimental não provido.

(...)

3. *Rever o entendimento adotado no acórdão recorrido de que, apesar da pouca expressão econômica, houve perda patrimonial do Erário, bem como que “foram malferidos os princípios da administração pública, notadamente os da moralidade e impessoalidade”, é necessário o reexame de matéria de fato e provas, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o disposto na Súmula no. 7-STJ.*

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp no. 1.488.051-SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 18.12.2014, DJe 19.12.2014.)

Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Art. 11 da Lei no. 8.429/1992. Dolo genérico. Licitação. Conluio entre membros da comissão de recebimento de material e empresa vencedora da licitação. Falsidade documental. Violação de princípios administrativos.

(...)

2. Conforme o quadro fático delineado no acórdão, restou claramente demonstrado o dolo genérico na inobservância das regras editalícias da licitação em comento. Tal conduta, atentatória aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da legalidade, nos termos da jurisprudência desta Corte, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei no. 8.429/1992.

3. Este Tribunal Superior tem reiteradamente se manifestado no sentido de que “o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei no. 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico” (REsp no. 951.389-SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 4.5.2011).

4. Agravo regimental a que nega provimento.

(AgRg no AREsp no. 324.640-RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 26.8.2014, DJe 2.9.2014.)

DA SÚMULA No. 7-STJ

O Tribunal de origem manteve a sentença de piso, assim, fixada:

- 1) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos;
- 2) ao pagamento de multa civil, de caráter pedagógico-punitivo, em favor da municipalidade em valor equivalente à 5 (cinco) vezes o valor do último subsídio que tenha recebido dos cofres do Município de Afonso Bezerra-RN; e
- 3) 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, pelo prazo de três anos, na forma descrita na fundamentação desta sentença.

A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula no. 7-STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.

A propósito:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Servidor público. Município de Erechim. Aquisição de imóveis pela prefeitura municipal. Expropriação amigável. Apropriação ilegal de parte do valor por servidor público e terceiro. Incidência dos arts. 1o. e 3o. da Lei no. 8.429/1992. Art. 535 do CPC. Violação não caracterizada. Dosimetria. Art. 12 da LIA. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Súmula no. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

(...)

3. Diante do óbice da Súmula no. 7-STJ, a verificação da proporcionalidade e da razoabilidade da sanção aplicada pelo Tribunal de origem não pode ser feita em recurso especial.

4. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula no. 7-STJ).

5. Recursos especiais conhecidos em parte e não providos.

(REsp no. 1.203.149-RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 17.12.2013, DJe 7.2.2014.)

Constitucional e Administrativo. Ação civil pública de improbidade. Exclusão de parte das sanções aplicadas pelo juízo de primeiro grau. Pretensão de reexame da dosimetria das penas. Impossibilidade. Incidência da Súmula no. 7-STJ.

1. Insurge-se o recorrente contra acórdão que, ao examinar os fatos e as circunstâncias do caso concreto, concluiu pela desproporção das penalidades cominadas pelo juízo de primeiro grau e dessa forma afastou as sanções de suspensão dos direitos políticos e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

(...)

3. A regra geral, assentada na jurisprudência do STJ, é no sentido de que “modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstado nesta instância especial (Súmula no. 7-STJ).” (REsp no. 1.229.495-SP, Rel. Min. Eliana Calmon).

(...)

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp no. 1.326.762-SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 3.9.2013, DJe 17.9.2013.)

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Alegação genérica. Súmula no. 284-STF. Administrativo. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Vereadores, empresa e terceiros beneficiados. Ausência de litisconsórcio passivo necessário. Ato ímprobo. Arts. 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992. Dolo genérico. Configuração. Aplicação de sanções. Art. 12 da LIA. Decorrência lógica. Dosimetria. Revisão. Ausência de hipóteses excepcionais. Dissídio jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. Não-indicação do dispositivo legal ao qual foi dada interpretação divergente. Fundamentação deficiente.

(...)

6. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula no. 7-STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido exsurge a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.

(...)

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer em parte do recurso especial e negar-lhe provimento.

(EDcl no AgRg no REsp no. 1.314.061-SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 5.8.2013.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.438.344-SP (2013/0175588-5)

Relatora: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Recorrente: Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda

Advogados: Jose Manoel de Arruda Alvim Netto e outro(s)
Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim
Guilherme Pimenta da Veiga Neves
Aluízio José Almeida Cherubini
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo
Interes.: Paulo Bururu Henrique Barjud e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Alegada ausência de fundamentação. Ofensa aos arts. 131, 458, II, e 535, II, do CPC. Não ocorrência. Alegação de inexistência de provas para o deferimento da medida. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula no. 7-STJ. Limite da constrição. Valor necessário ao integral ressarcimento do dano. Art. 7o., parágrafo único, da Lei no. 8.429/1992. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

I. Recurso Especial manifestado contra acórdão que negou provimento a Agravo de Instrumento interposto de decisão que, nos autos de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, deferiu o pedido de indisponibilidade dos bens de todos os demandados, até o valor total atribuído à causa.

II. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Ademais, os Embargos de Declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara, precisa e fundamentada, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Inocorrência de violação aos 131, 458, II, e 535, II, do CPC.

III. A análise da irresignação da recorrente, no sentido de que não existem provas de sua participação no cartel objeto de

investigação, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula no. 7-STJ.

IV. De acordo com o art. 7º., parágrafo único, da Lei no. 8.429/1992, a indisponibilidade dos bens dos réus deve assegurar o integral ressarcimento do dano ou recair sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, acrescido do valor do pedido de condenação em multa civil, se houver.

V. No caso, não obstante a ação ajuizada, na origem, tenha como objetivo a apuração de irregularidades praticadas, por diversos agentes – doze, no total –, na licitação e contratação de fornecimento de merenda escolar, pelo Município de Jandira-SP, ocorridas no período compreendido entre 2001 e 2008, a inicial restringe a atuação da recorrente ao Contrato no. 98/2007, firmado entre o Município de Jandira-SP e a empresa SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, em 1º.10.2007, cujos valores foram pagos em 2007 e 2008, totalizando R\$ 8.093.118,62. Assim, mostra-se descabida a decretação de indisponibilidade dos seus bens até o valor total atribuído à causa – R\$ 110.215.834,72, correspondente a vários outros contratos, nos quais não se envolveu a recorrente, nos termos da inicial da ação de improbidade administrativa –, pois, em caso de procedência do pedido, sua condenação pecuniária será restrita ao ressarcimento do valor pago em 2007 e 2008, em decorrência do Contrato no. 98/2007 – R\$ 8.093.118,62 –, acrescido de multa civil correspondente a até três vezes o valor que teria sido ilicitamente acrescido ao patrimônio do ex-Prefeito PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD e de JULIO EDUARDO DE LIMA, conforme pedido expresso na vestibular do aludido processo. Precedentes do STJ (AgRg no REsp no. 1.307.137-BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 28.9.2012; REsp no. 1.119.458-RO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe de 29.4.2010).

VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, *nos casos de improbidade administrativa, a*

responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento (STJ, MC no. 15.207-RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 10.2.2012).

VII. Na hipótese dos autos, além de ainda não ter sido apurado o grau de participação de cada agente nas condutas tidas por ímprobas, não há notícias no sentido de que tenha sido efetivada a medida de indisponibilidade de bens dos demais réus, motivo pelo qual é inviável, no presente momento, o acolhimento da pretensão da recorrente no sentido de que, além de limitada a indisponibilidade ao valor do Contrato no. 98/2007, a medida seja restrita ao resultado da divisão de tal valor com os demais réus da ação. Precedente: STJ, MC no. 9.675-RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 3.8.2011.

VIII. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido, para determinar que a medida de indisponibilidade dos bens da recorrente seja limitada ao valor necessário ao integral ressarcimento do dano indicado no item E, IX, do pedido formulado na inicial da Ação Civil Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 2 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 9.10.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto por NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA., com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Admissibilidade. Presença dos requisitos necessários à concessão da medida. O STJ tem entendido que a medida prevista no art. 7o., da Lei no. 8.429/1992 tem natureza cautelar e seu deferimento depende da presença do fumus boni iuris e do periculum in mora. A decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou com intenção de fazê-lo. Decisão mantida. Recurso não provido (fl. 278e).

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem negou provimento a Agravo de Instrumento interposto, pela recorrente, de decisão que, nos autos de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, deferiu o pedido de indisponibilidade dos bens dos demandados.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, pelo acórdão de fls. 305-307e.

A recorrente sustenta, nas razões de seu Recurso Especial, preliminarmente, ofensa aos arts. 131 e 458, II, do CPC, por entender que o acórdão recorrido não restou devidamente fundamentado, pois o julgamento do caso ficou, *apenas e tão somente, no plano abstrato, sem que fosse analisado se, na situação concreta, estariam presentes os requisitos necessários para a concessão da liminar pretendida pelo Ministério Público* (fl. 320e).

Alega que não basta aludir aos requisitos necessários para a concessão da liminar e, genericamente, apontar que tais requisitos estariam presentes pela argumentação ou documentos juntados; é preciso analisar e confrontar tais argumentos e documentos com o comando legal e com os argumentos expostos pela parte contrária, para que, somente então, conclua-se pela presença ou não dos requisitos necessários para a concessão de liminar (fl. 320e).

Ainda preliminarmente, sustenta ofensa ao art. 535, II, do CPC, pois não foram sanadas as omissões apontadas nos Embargos de

Declaração, consistentes na (a) ausência de fundamentação do acórdão recorrido; (b) ausência de análise dos requisitos objetivos (fortes indícios) e subjetivos (dolo ou culpa) para a concessão de liminar (arts. 5o. e 7o. da Lei no. 8.429/1992) e (c) ausência de análise da inexistência de proporcionalidade da medida de constrição impugnada no Agravo de Instrumento.

No mérito, alega ofensa aos arts. 5o. e 7o. da Lei no. 8.429/1992, por entender que não estão presentes os requisitos necessários à decretação liminar de indisponibilidade de seus bens. Para tanto, aduz que, no caso, *não existem provas de sua suposta participação no mencionado cartel, formado para atuar no fornecimento de merendas para o Município de Jandira. E isso é incontroverso nos autos* (fl. 327e).

Por fim, sustenta ofensa ao art. 7o., parágrafo único, da Lei no. 8.429/1992, por entender desproporcional a indisponibilidade impugnada, pois:

No caso em tela, o excesso de constrição ou a desproporcionalidade da medida evidencia-se de duas formas: (1) a demanda abrange o período compreendido entre 2001 e 2009, enquanto a suposta participação da Recorrente estaria adstrita ao certame de 2007; e (2) tendo sido a demanda proposta contra diversos réus, é evidente que a constrição, além de proporcional no tempo e na participação financeira, deveria ter sido proporcional quantitativamente, para que a constrição realizada no patrimônio de cada um atingisse o valor da causa e, não, como se fez, para que a constrição atingisse todo o patrimônio de cada um deles, até o limite do valor da causa (fl. 330e).

Alega, ainda, *in verbis*:

Quanto ao primeiro aspecto, usando o mesmo raciocínio do Ministério Público para atribuição do valor da causa, mas para a específica situação da Recorrente, tem-se que:

I. o Contrato no. 98/2007 e aditivos montam a quantia nominal de R\$ 8.093.118,62 (aproximadamente 29% do total nominal dos contratos e aditamentos);

(...)

II. a multa do art. 12, 1, da Lei no. 8.429/1992, pelo teto máximo e sobre a quantia mencionada no item 'a' equivale a R\$ 24.279.355,86;

III. item 'a' + item 'b' = R\$ 32.372.474,48.

Portanto, a suposta participação da indireta da Nutriplus estaria adistrita a, aproximadamente, 29% do valor da causa.

Essa constatação, por si só, já demonstra a desproporção da ordem de bloqueio indiscriminado de bens da Recorrente, até o limite do valor da causa.

Mas não é só. Essa desproporção é ainda mais abissal do que parece.

De fato, o segundo aspecto da desproporcionalidade da constrição patrimonial determinada pela r. decisão recorrida, consubstancia-se na existência de diversos réus na demanda e, despeito disso, na determinação de constrição genérica da totalidade de bens de cada um deles, até o limite do valor da causa.

Isso, com o devido respeito, não se pode admitir, porque acaba por violar o artigo 7o., da Lei no. 8.429/1992 que, como se viu, limita a constrição de bens ao valor da causa, o que significa dizer que, havendo mais de um réu na demanda, a soma da constrição realizada no patrimônio de cada um deles deve corresponder ao valor da causa, mas nunca a montante superior a ele.

(...) havendo mais de um réu, é preciso que a constrição determinada seja proporcional à responsabilidade de cada um deles.

No caso em tela, independentemente do desfecho da demanda e da apuração a ser feita em oportuna dilação probatória, existem alguns elementos objetivos capazes de apontar a “medida da responsabilidade” de cada um dos réus: (i) período de suposta participação de cada um dos réus e equivalente correspondência financeira em abstrato e (iii) número de réus.

Como se procurou demonstrar, se participação do Recorrente tivesse havido – o que se admite por mera argumentação – esta teria sido indireta e equivaleria a apenas 29% do valor da causa (aproximadamente, 19% do período de vigência dos contratos) e concorreria com a participação de mais 5 empresas e 6 pessoas físicas arroladas na ação.

Portanto, além do recorte temporal e financeiro feito, é necessário que o valor apurado acima seja dividido pelo número de concorrentes do certame que culminou no Contrato no. 98/2007 e que estão

arrolados como réus (5 participantes), bem como pelo número de pessoas físicas arroladas como réis (6). O produto dessa operação corresponde a R\$ 2.942.952,22.

Consequentemente, a suposta cota de responsabilidade atribuída à Recorrente, sem qualquer discussão a respeito da matéria de fundo (que será levada a efeito em momento adequado), equivaleria a pouco mais de 2,5% do valor da causa, o que demonstra a absurda desproporção da ordem de constrição emanada do MM. Juízo a quo.

Nessa ordem de idéias, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, “o levantamento parcial da constrição pode ser feito, com base na situação concreta, pelo juízo, competente de acordo com o seu livre convencimento motivado, utilizando do princípio da proporcionalidade e razoabilidade para liberar as verbas constringidas, a fim de se evitar que as empresas envolvidas venham a ter sua atividade comercial inviabilizada.”

Posto isso, a desoneração do patrimônio da Recorrente é medida necessária ou, na remota hipótese de assim não se entender, deverá haver diminuição do valor bloqueado, para equivaler a R\$ 2.942.952,22, nos termos acima demonstrados (fls. 331-334e).

Requer, a final, a anulação do acórdão de 2o. Grau, por violação aos arts. 131, 458, II, e 535, II, do CPC, com prolação de novo julgamento, ou, noutra hipótese, que seja provido o Recurso Especial, para indeferir a indisponibilidade de bem, ou, senão, *para modulá-la, de modo a refletir a posição da Recorrente nos autos* (fl. 335e).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO apresentou contrarrazões (fls. 339-346e).

O Recurso Especial não foi admitido, pelo Tribunal de origem (fls. 349-350e). Irresignada, a recorrente interpôs Agravo em Recurso Especial.

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República ANA BORGES COELHO SANTOS, opinou pelo conhecimento e não provimento do Agravo em Recurso Especial.

Na decisão de fls. 403-406e, a Ministra ELIANA CALMON, então Relatora, conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial. Interposto Agravo Regimental, a Ministra ELIANA CALMON reconsiderou a decisão e deu provimento ao Agravo, *apenas para determinar sua reautuação como recurso especial* (fl. 427e).

Em novo parecer, o Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, opina pelo improvimento do Recurso Especial (fls. 435-438e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Conforme relatado, o Tribunal de origem negou provimento a Agravo de Instrumento, interposto pela recorrente, de decisão que, nos autos de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, deferiu o pedido de indisponibilidade dos bens dos demandados.

De início, cabe ressaltar que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp no. 801.101-MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJe de 23.4.2008; STJ, AgRg no AG no. 1.397.322-RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe de 25.6.2014.

Além disso, os Embargos de Declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. Nesse sentido: STJ, REsp no. 739.711-MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJU de 14.12.2006.

No caso, as razões que levaram o Tribunal de origem a negar provimento ao Agravo de Instrumento, interposto pela recorrente, foram devidamente expostas no acórdão recorrido, pelo que não há falar em ofensa aos arts. 131, 458, II, e 535, II, do CPC.

Quanto ao mérito, a análise da irresignação da recorrente – no sentido de que não existiriam provas de sua participação, no cartel objeto de investigação, e, em consequência, estariam ausentes os requisitos para a decretação da indisponibilidade de seus bens – demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula no. 7-STJ.

Entretanto, no que se refere à alegada ausência de proporcionalidade da medida impugnada, entendo que o Recurso Especial merece ser parcialmente provido.

De acordo com os autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo realizou investigações em que foram apuradas a prática de fraudes e formação de cartel, na licitação e contratação de empresas fornecedoras de insumos e merenda escolar, em diversos Municípios do Estado.

Com base em tal investigação, foi ajuizada a ação em que fora proferida a decisão impugnada no presente Recurso Especial, na qual o Ministério Público Estadual busca a condenação, pela prática de atos de improbidade administrativa, dos envolvidos em tal esquema, no Município de Jandira-SP, entre os anos de 2001 e 2008. No polo passivo desta demanda figuram, além da recorrente, outras 5 (cinco) empresas, além de empresários, o ex-Prefeito e servidores do Município de Jandira-SP, totalizando 12 (doze) réus.

A atuação da recorrente vem assim definida na inicial da Ação Civil Pública:

Apesar de toda a modificação de prestação contratual estar inscrita na esfera de interesses dos demandados, apenas em 7.5.2007 houve a definitiva autorização para a realização do pregão. O edital, de 15.5.2007, apresentou um valor estimado de R\$ 3.827.538,00, fruto de 3.271.400 merendas por ano a R\$ 1,17 cada.

Retiraram o edital 12 (doze) empresas, das quais 7 (sete) apresentaram propostas comerciais, dentre elas a própria SP ALIMENTAÇÃO, sua coligada GOURMAITRE e suas companheiras de cartel GERALDO J. COAN, NUTRIPLUS e CONVIDA. Ressalte-se que a SP Alimentação indicou em sua proposta exatamente R\$ 1,17 por unidade, justamente o valor estimado no edital da Municipalidade.

Mesmo classificada em quinto lugar, a SP ALIMENTAÇÃO foi contratada pela Municipalidade de Jandira, após a desclassificação ou desistência de todas as anteriores. As empresas NUTRIPLUS e GERALDO J. COAN ofertaram propostas extremamente elevadas, a indicar que realmente não tinham pretensão de vencer o certame, mas tão-somente dar “cobertura” à SP ALIMENTAÇÃO.

(...)

As demandadas GERALDO J. COAN & CIA, CONVIDA ALIMENTAÇÃO e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO igualmente violaram o princípio da legalidade, na medida em que participaram de um cartel que visava fraudar licitações. Elas apresentaram propostas em Jandira apenas para simular a competição. Inclusive, o mesmo esquema ímprobo e criminoso foi repetido por elas e as outras sociedades empresárias em diversas cidades do Estado de São Paulo e de outras unidades da Federação

(...)

Os demandados JULIO EDUARDO DE LIMA, ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES, SILVIO MARQUES, ANTONIO MARQUES FRANCO, SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA. e CEAZZA DISTRIBUIDOR-A DE FRUTAS, VERDURAS E LEGUMES LTDA., GERALDO J. COAN & CIA LTDA., CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA também devem responder pelo art. 9o., incisos I e II, da Lei no. 8.429/1992 em razão da coautoria ou participação, considerando o art. 3o. da mesma Lei:

(...)

Em relação a JULIO EDUARDO DE LIMA, convém acentuar que ele concorreu e se beneficiou da propina paga, a rigor, ao ex-prefeito Paulo Bururu. Por sua vez, ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES, SILVIO MARQUES e ANTONIO MARQUES FRANCO eram os operadores do esquema ímprobo e criminoso. A SP ALIMENTAÇÃO, a VERDURAMA e a CEAZZA receberam e se beneficiaram dos valores indevidos decorrentes das irregularidades citadas. Embora não tenham sido contratadas, as demandadas GERALDO J. COAN, CONVIDA ALIMENTAÇÃO e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO também devem ser responsabilizadas pela prática das irregularidades, pois “concorreram” apenas para simular a “competição” e a “legalidade” de certame licitatório.

Os demandados PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD, DAMASIO NUNES DE CARVALHO, JULIO EDUARDO DE LIMA, ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES, SILVIO MARQUES, SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., CEAZZA DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, VERDURAS E LEGUMES LTDA., GERALDO J. COAN &

CIA LTDA., CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA. também podem ser responsabilizados por infração ao art. 10 da Lei no. 8.429/1992, tendo em vista as diversas irregularidades já relatadas:

(...)

3 - RESPONSABILIDADE DOS DEMANDADOS

(...)

J) GERALDO J. COAN & CIA LTDA., CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA. devem ser condenadas nos termos dos arts. 30. e 12, I, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa e art. 186 do Código Civil de 2002, pois faziam parte do cartel que visava a contratação da SP ALIMENTAÇÃO em virtude do edital de 15.5.2007 do Município de Jandira. As três demandadas retiraram o referido edital e apresentaram propostas cujos, valores eram bem superiores ao preço de R\$ 1,17 apresentado pela SP ALIMENTAÇÃO.

Assim, conforme narrado por diversas testemunhas, as mesmas demandadas participaram da licitação já referida com o objetivo de dar “cobertura” à SP ALIMENTAÇÃO, que assinou com a Municipalidade de Jandira o Contrato no. 98/2007, pelo total de R\$ 3.827.538,00. As demandadas, em suma, concorreram na obtenção de vantagens ilícitas por ex-agentes públicos de Jandira, provocou prejuízo ao erário e violou princípios administrativos.

(...)

As demandadas GERALDO J. COAN & CIA LTDA., CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA., conforme narrado por diversas testemunhas, deram “cobertura” à SP ALIMENTAÇÃO, que assinou com o Município de Jaridira o Contrato no. 98/2007.

(...)

5 - PEDIDO

(...)

C) a concessão de medida cautelar inaudita altera parte para decretar:

(...)

III - nos termos do art. 70. da Lei no. 8.429/1992, a indisponibilidade (até o valor da causa) de bens dos demandados

PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD, DAMASIO NUNES DE CARVALHO, JÚLIO EDUARDO DE LIMA, ELOIZO GOMES AFONSO DURÃES, SILVIO MARQUES, ANTONIO MARQUES FRANCO, SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., CEAZZA DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, VERDURAS E LEGUMES LTDA., GERALDO J. COAN & CIA LTDA., CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA., para garantir o ressarcimento correspondente ao valor auferido pelas empresas demandadas SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., CEAZZA DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, VERDURAS E LEGUMES LTDA. em decorrência dos contratos firmados com Município de Jandira, acima referidos. Para a efetivação da medida, requer-se a expedição de ofícios: I) ao Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN-SP), para que inscreva a medida de bloqueio, não efetuando, em consequência, a transferência de veículos demandados, exceto por ordem deste Juízo; II) aos Cartórios de Registro de Imóveis dos Municípios, via Corregedoria Geral da Justiça, especialmente da sede ou residência dos demandados, para que anotem a medida em relação aos imóveis a eles pertencentes, não se efetuando qualquer transferência, exceto por ordem deste Juízo. Em relação aos imóveis do item 4 supra (adquiridos por PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD), requer-se a expedição de ofícios específicos, observando-se os números das matrículas referidas nos documentos juntados (doe. 20); III) à Junta Comercial de São Paulo para que anote ou averbe junto aos seus registros a indisponibilidade de quotas ou ações das empresas demandadas ou de quotas e ações pertencentes aos demandados pessoas físicas.

(...)

E) Seja julgada procedente a presente ação para condenar os demandados:

(...)

IX - GERALDO J. COAN & CIA LTDA., CONVIDA ALIMENTAÇÃO S/A e NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO TECNOLOGIA LTDA.:

i) por infração ao disposto no art. 9º da Lei no. 8.429/1992, nos termos do art. 12, I, da Lei no. 8.429/1992 e art. 186 do Código Civil de 2002, ao ressarcimento integral do dano (referente ao total pago em razão do Contrato no. 98/2007 da Prefeitura Municipal de Jandira, nos anos de 2007 e 2008), ao pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial auferido pelo ex-prefeito do Município de Jandira PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD e de JULIO EDUARDO DE LIMA (a ser verificado no momento da sentença) e à proibição de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoas jurídicas das quais sejam sócias majoritárias, pelo prazo de dez anos;

ii) por infração ao disposto no art. 10 da Lei no. 8.429/1992, nos termos do art. 12, II, do mesmo diploma, e art. 186 do Código Civil de 2002, ao ressarcimento integral do dano (referente ao total pago em razão do Contrato no. 98/2007 da Prefeitura Municipal de Jandira, nos anos de 2007 e 2008), à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do ex-prefeito do Município de Jandira PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD e de JULIO EDUARDO DE LIMA (a ser verificado no momento da sentença), ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e à proibição de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de cinco anos;

iii) por infração ao disposto no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, nos termos do art. 12, III, do mesmo diploma, e art. 186 do Código Civil de 2002, ao ressarcimento integral do dano (referente ao total pago em razão do Contrato no. 98/2007 da Prefeitura Municipal de Jandira, nos anos de 2007 e 2008), ao pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da última remuneração percebida pelo ex-prefeito do Município de Jandira PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD e à proibição de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoas jurídicas das quais sejam sócias majoritárias, pelo prazo de três anos.

(...)

7 - DO VALOR DA CAUSA

Atribui o Ministério Público à causa o valor R\$ 110.215.834,72, que corresponde ao total nominal dos contratos e aditamentos subscritos entre a Prefeitura Municipal de Jandira e as demandadas VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA ALIMENTOS LTDA., CEAZZA DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, VERDURAS E LEGUMES LTDA. e SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., entre 2001 e 2008 (R\$ 27.553.958,68) e da multa por improbidade administrativa (art. 12, I, da Lei no. 8.429/1992) (fls. 58-100e).

Assim, não obstante a ação ajuizada, na origem, tenha como objetivo a apuração de irregularidades praticadas, por diversos agentes – 12, no total –, na licitação e contratação de fornecimento de merenda escolar, pelo Município de Jandira-SP, ocorridas no período compreendido entre 2001 e 2008, a inicial restringe a atuação da recorrente ao Contrato no. 98/2007, firmado entre o Município de Jandira-SP e a empresa SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, em 1º.10.2007, cujos valores foram pagos em 2007 e 2008.

Com efeito, a inicial da ação de improbidade administrativa discrimina, a fls. 50-52e, todos os contratos decorrentes das irregularidades mencionadas – Contratos no. 19/2001, 20/2001, 21/2001, 96/2002, 98/2007 –, informando sobre as empresas contratantes e os valores dos respectivos contratos e aditamentos, que totalizam R\$ 27.553.958,68 (fl. 52e).

A fl. 52e da inicial, estão discriminadas as datas do Contrato no. 98/2007 – único que, segundo a inicial, envolveria a atuação da recorrente –, de sua prorrogação e do realinhamento de preços, correspondentes, respectivamente, a R\$ 3.794.824,00, R\$ 3.794.824,00 e R\$ 503.470,62, totalizando o valor de R\$ 8.093.118,62, pago, pelo Município de Jandira-SP, em decorrência do aludido Contrato no. 98/2007.

Em consequência, a inicial da ação de improbidade administrativa requer a condenação da recorrente *ao ressarcimento integral do dano (referente ao total pago em razão do Contrato no. 98/2007 da Prefeitura de Jandira, nos anos de 2007 e 2008), ao pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial auferido pelo ex-prefeito do Município de Jandira PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD e de JULIO EDUARDO DE LIMA (...)* (fl. 98e).

No entanto, a decisão de 1o. Grau deferiu, liminarmente, a indisponibilidade dos bens de todos os 12 (doze) réus, até o valor da causa (fl. 37e), fixado, na inicial da ação de improbidade administrativa, em R\$ 110.215.834,72, que corresponde ao total nominal dos contratos e aditamentos subscritos entre a Prefeitura Municipal de Jandira e as demandadas VERDURAMA COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., CEAZZA DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, VERDURAS E LEGUMES LTDA. e SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., entre 2001 e 2008 (R\$ 27.553.958,68) e da multa por improbidade administrativa (art. 12, I, da Lei no. 8.429/1992) (fls. 99-100e), in verbis:

(...) Outrossim, nos termos do artigo 7o. da Lei no. 8.429/1992, há necessidade de se decretar a indisponibilidade dos bens para assegurar o ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito, para se evitar a dissipação do patrimônio e a inefetividade de uma eventual condenação dos demandados ao final do processo.

Considerando, portanto, o princípio de ressarcimento integral do dano ao erário, a decretação de indisponibilidade dos bens deve corresponder ao montante do dano mais a eventual multa prevista no artigo 12, I, da Lei no. 8.429/1992, e requerida pelo Ministério Público.

Ante o exposto, defiro liminarmente os pedidos do Ministério Público para:

(...)

b) decretar a indisponibilidade dos bens dos demandados até o valor da causa, expedindo-se ofícios ao DETRAN, aos Cartórios de Registro de Imóveis dos Municípios e à Junta Comercial, conforme requerido no item III (fls. 46-47), salvo quanto ao imóvel mencionado no (sic) letra N do item 4 da inicial (fl. 44), uma vez que, por ora, não há indícios de que o bem tenha sido adquirido por Paulo Bururu Henrique Barjud (fl. 37e).

Nesse contexto, mostra-se descabida a decretação de indisponibilidade dos bens da recorrente até o valor total atribuído à causa – R\$ 110.215.834,72 (fl. 99e) –, pois, em caso de procedência do pedido, sua condenação pecuniária será restrita ao ressarcimento do valor pago em 2007 e 2008, em decorrência do Contrato no. 98/2007 – R\$ 8.093.118,62 (fl. 52e) –, acrescido de multa civil correspondente a até

três vezes o valor que teria sido ilicitamente acrescido ao patrimônio do ex-Prefeito PAULO BURURU HENRIQUE BARJUD e de JULIO EDUARDO DE LIMA (item E, IX, do pedido, fls. 98-99e).

Contudo, cabe ressaltar que, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento* (STJ, MC no. 15.207-RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 10.2.2012).

No caso, além de ainda não ter sido apurado o grau de participação de cada agente nas condutas tidas por ímprobas – veja-se que a inicial pede a condenação no ressarcimento do dano, decorrente do Contrato no. 98/2007, também de duas outras empresas (fl. 98e) –, não há notícias no sentido de que tenha sido efetivada a medida de indisponibilidade de bens dos demais réus.

Desta forma, é inviável, no presente momento, o acolhimento da segunda pretensão da recorrente, no sentido de que, além de limitada ao valor do Contrato no. 98/2007, a indisponibilidade de seus bens seja restrita ao resultado da divisão de tal valor com os demais réus da ação.

Nesse sentido são os seguintes precedentes:

Administrativo. Ação civil pública por improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Tutela de evidência. Cognição sumária. Periculum in mora. Excepcional presunção. Fundamentação necessária. Fumus boni iuris. Necessidade de comprovação. Constrição patrimonial proporcional à lesão e ao enriquecimento ilícito respectivo. Bens impenhoráveis. Exclusão.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992, sem a demonstração do risco de dano (periculum in mora), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei no. 8.429/1992 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas.

Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7o. do referido diploma legal.

*3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).*

*4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7o. da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4o.) e da própria Lei de Improbidade (art. 7o.).*

5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

*6. Verifica-se no comando do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4o., da Constituição, segundo a qual “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”.*

*7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Precedentes: (REsp no. 1.315.092-RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 14.6.2012; AgRg no AREsp no. 133.243-MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda*

Turma, julgado em 15.5.2012, DJe 24.5.2012; MC no. 9.675-RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 3.8.2011; EDcl no REsp no. 1.211.986-MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 9.6.2011.

8. *A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.*

9. *A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.*

10. *Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.*

11. *Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.*

12. *A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da*

empreitada improba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

13. *Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).*

14. *Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o *fumus boni iuris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.*

15. *Recurso especial não provido (STJ, REsp no. 1.319.515-ES, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe de 21.9.2012).*

Recurso especial. Improbidade administrativa. Responsabilidade solidária. Indisponibilidade de bens. Limite da constrição. Quantum suficiente ao integral ressarcimento do dano.

1. *No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, a responsabilidade dos agentes em concurso é solidária.*

2. *É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos co-obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela.*

3. *Os patrimônios existentes são franqueados à cautelar, tanto quanto for possível determinar, até a medida da responsabilidade de seus titulares obrigados à reparação do dano, seus acréscimos legais e à multa, não havendo, como não há, incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis.*

2. *Recurso especial improvido* (STJ, REsp no. 1.119.458-RO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe de 29.4.2010).

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Dilapidação patrimonial. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Individualização de bens. Desnecessidade.

1. *É pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.*

2. *Na espécie, o Juízo de Primeira Instância considerou que o dano aos cofres públicos perfaz o valor de R\$ 41.782,12 (quarenta e um mil, setecentos e oitenta e dois reais e doze centavos). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).*

3. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada pela desnecessidade de individualização dos bens sobre os quais se pretende fazer recair a indisponibilidade prevista no art. 7o., parágrafo único, da Lei no. 8.429/1992, considerando a diferença existente entre os institutos da “indisponibilidade” e do “seqüestro de bens” (este com sede legal própria, qual seja, o art. 16 da Lei no. 8.429/1992). Precedentes: REsp no. 1.195.828-MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 2.9.2010, DJe 4.10.2010; AgRg na MC no. 15.207-RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 19.9.2009; AgRg nos EDcl no Ag no. 587.748-PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 23.10.2009.*

4. *Agravo regimental parcialmente provido* (STJ, AgRg no REsp no. 1.307.137-BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 28.9.2012).

Processual Civil. Administrativo. Medida cautelar com pedido liminar para a atribuição de efeito suspensivo ativo a recurso especial. Agravo de instrumento contra liminar concedida in limine litis. Ausência de juntada do mandado de citação dos corréus aos autos. Prazo recursal. Termo inicial. Improbidade administrativa. Alegado

prejuízo ao erário. Indisponibilidade de bens. Periculum in mora presumido no art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Bloqueio de bens. Responsabilidade solidária.

1. *Conforme relatado, busca-se com a presente medida cautelar atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão que não conheceu do agravo de instrumento contra liminar concedida initio litis em cautelar de indisponibilidade de bens ajuizada pelo MP, a qual objetiva o ressarcimento de danos que teriam sido causados aos cofres públicos decorrentes de atos de improbidade administrativa. Mais do que isso, o requerente pretende a concessão de efeito ativo (antecipação de tutela recursal) ao recurso especial já submetido a juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, cujo resultado foi positivo.*

2. *A medida cautelar pressupõe a coexistência do fumus boni iuris e do periculum in mora. Nos casos em que se intenta emprestar efeito suspensivo a recurso especial, é necessário mais que um mero fumus boni iuris, mas também a comprovação de que o recurso especial interposto tem forte probabilidade de êxito. Isto porque sempre milita contra o requerente a presunção de que justo foi o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, tendo em vista a sua cognição que vai além da superficialidade de tutela de urgência. No caso em tela, a análise dos autos não permite a constatação, de plano, da sobredita probabilidade de êxito do especial. Explico:*

3. *No tocante ao fumus boni iuris, em juízo perfunctório, nota-se que a liminar na cautelar ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foi concedida initio litis e, de acordo com a jurisprudência desta Corte, em se tratando de decisão que, antes da citação da parte ré, antecipa os efeitos da tutela pretendida na petição inicial, o prazo para a interposição de agravo de instrumento flui a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido ou, se for o caso, a partir da juntada do aviso de recebimento da carta de citação.*

4. *Nesse contexto, necessária para formação do instrumento a certidão de juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, o que, em tese, não foi realizado pelo ora recorrente e deveria implicar o não conhecimento do agravo disciplinado no art. 522 e seguintes do CPC. Precedentes.*

5. *Ademais, extrai-se dos autos que o erário experimentou prejuízo considerável. Importante ressaltar que não existe qualquer pré-julgamento a respeito da culpa ou não dos réus em relação às*

irregularidades apontadas. Porém, os fatos narrados e os documentos denotam, em princípio, a ocorrência de atos considerados de improbidade administrativa, a teor do disposto na Lei no. 8.429/1992.

6. *Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Precedentes.*

7. *Na espécie, o Parquet quantifica inicialmente o prejuízo ao erário na esfera de R\$ 1.192.238,93 (um milhão e cento e noventa e dois mil e duzentos e trinta e oito reais e noventa e três centavos). Esta seria, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).*

8. *Ocorre que, contando a ação cautelar com quarenta e dois réus, e dado o desenvolvimento incipiente da instrução processual, não é possível aferir, agora, o grau de participação de cada parte na consecução de eventuais condutas ímprobas.*

9. *Daí porque aplica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, até a liquidação, devem permanecer bloqueados tantos bens quantos forem bastantes para dar cabo da execução em caso de procedência da ação, na medida em que vigora entre os réus uma responsabilidade do tipo solidária.*

10. *Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial. Precedentes.*

11. *Por fim, relativamente ao periculum in mora, em verdade, tal pressuposto milita em favor do requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp no. 1.177.290-MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 1º.7.2010; e REsp no. 1.135.548-PR, Rel. Ministra*

ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 15.6.2010, DJe 22.6.2010.

12. Ação cautelar julgada improcedente, com a consequente revogação da liminar anteriormente concedida (STJ, MC no. 9.675-RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 3.8.2011).

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial e dou-lhe parcial provimento, para, reformando o acórdão recorrido, determinar que a medida de indisponibilidade dos bens da recorrente seja limitada ao valor necessário ao integral ressarcimento do dano indicado no item E, IX, do pedido formulado na inicial da Ação Civil Pública (fls. 98-99e).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL No. 1.446.285-RJ (2013/0393511-5)

Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Recorrente: Nominal Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda e outro

Advogados: Raphael Schettino Duarte e outro(s)
Gustavo Jose Mizrahi

Recorrente: E P M de A H e outro

Advogados: Melhim Namem Chalhub e outro(s)
Daniella Araújo Rosa

Recorrente: S L V M de M e outros

Advogados: João Augusto Basílio e outro(s)
Pedro Alberto Faria

Bárbara Van der Broock de Castro e outro(s)

Recorrente: E L dos S da S e outro

Advogado: Juliana Neves e outro(s)

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Recorrente: Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA

Procurador: Guilherme Jales Sokal e outro(s)
Recorrido: Os Mesmos
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Interes.: ASM Asset Management Distribuidora de Títulos e Valores
Mobiliários S/A e outro
Interes.: M A G de B
Interes.: C H F
Interes.: M F G da C
Interes.: Estratégia Investimentos S/A CVC
Interes.: A M
Interes.: Delpha Empreendimentos e Participações Ltda
Interes.: E J C S
Interes.: F S T de M
Interes.: O U V
Interes.: J de V E S
Interes.: Fundação Padre Leonel França

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recursos especiais. Ação civil de improbidade administrativa. Negativa de vigência do art. 535, II, do CPC. Inexistência. Ausência de prequestionamento. Súmulas no. 211-STJ e 282-STF. Acórdão embasado em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais. Recurso extraordinário não interposto. Súmula no. 126-STJ. Divergência jurisprudencial. Descumprimento dos requisitos legais. Recebimento da petição inicial. Necessidade de intimação do Ministério Público. Atuação obrigatória como fiscal da lei quando não intervir como parte. Interpretação da fase preliminar prevista na Lei no. 8.429/1992. Incidência dos arts. 83, 84, 246 e parágrafo único do CPC. Nulidade configurada. Limites dos efeitos dos atos praticados da demanda. Aplicação da regra do art. 248 do CPC.

1. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente

para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

2. A configuração do questionamento prévio não exige que o Tribunal de origem mencione expressamente o dispositivo infraconstitucional tido como violado. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não-preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso especial. Incidência das Súmulas no. 282-STF e 211-STJ.

3. O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, fundou o seu entendimento em preceitos de natureza constitucional e infraconstitucional autônomos. Entretanto, em relação à fundamentação constitucional, não houve a interposição de recurso extraordinário, o que atrai a incidência da Súmula no. 126-STJ.

4. O recurso especial fundado na divergência jurisprudencial exige a observância do contido nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1o., *a*, e § 2o., do RISTJ, sob pena de não conhecimento do recurso. No caso examinado, os recorrentes não realizaram o necessário cotejo analítico, indispensável para a demonstração do dissídio jurisprudencial e comprovação de similitude fática entre os arestos confrontados.

5. No caso dos autos, o Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro-RIOPREVIDÊNCIA e o Estado do Rio de Janeiro ajuizaram ação civil pública por ato de improbidade administrativa *c/c* reparação de danos contra Eduardo Luiz dos Santos da Silva e Outros em face de suposta fraude decorrente da alienação direcionada de ativos do patrimônio do Rio Previdência, originados de créditos vinculados a contratos de financiamento habitacional, originários do Banco do Estado do Rio de Janeiro (BANERJ) e integralizados em Fundo de Investimento em Direitos Creditícios (FIDC).

6. O objeto do presente recurso especial está limitado à análise da existência de nulidade absoluta em decorrência da não intimação do Ministério Público para oficiar como fiscal

da lei antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa e, em caso positivo, o alcance dos efeitos do reconhecimento de nulidade dos atos praticados na referida demanda. O Tribunal de origem reconheceu a presença da referida nulidade e anulou o processo a partir da decisão que recebeu a exordial, porém, preservou a decisão que excluiu ASM Asset Management DTVM S.A e ASM Administradora de Recursos S/A do pólo passivo da ação, proferida anteriormente em outro recurso de agravo.

7. Na hipótese examinada, é notório que o Ministério Público não é parte nos autos, pois a ação civil de improbidade administrativa foi ajuizada pelo RIOPREVIDÊNCIA e pelo Estado do Rio de Janeiro contra diversos réus. Também é incontroverso que a petição inicial da referida ação civil foi recebida em sua totalidade, posteriormente reconsiderada para excluir integrantes do pólo passivo, sem qualquer intimação do representante do Ministério Público para atuar como *custus legis*.

8. O comando contido no § 4º. do art. 17 da LIA é imperativo ao determinar a obrigatoriedade do Ministério Público intervir, quando não for parte, como fiscal da lei sob pena de nulidade. Por outro lado, é evidente que tal intervenção deve ocorrer antes de qualquer ato decisório do julgador, especialmente antes da recebimento ou rejeição da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa.

9. Nesse momento, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos após as partes, será intimado de todos os atos do processo, poderá juntar documentos e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade, nos termos do art. 83 do Código de Processo Civil. A ausência de intimação para intervenção obrigatória do Ministério Público prevista em lei impõe a nulidade do processo (art. 84 do CPC).

10. O prejuízo causado ao Ministério Público é manifesto, pois apesar da obrigatoriedade determinada pela Lei de Improbidade Administrativa para fiscalizar a ação civil de improbidade administrativa, somente foi intimado após a fase

preliminar prevista na referida norma que excluiu diversos réus da relação processual, bem como após o transcurso de quase dois anos do ajuizamento da ação.

Ademais, como observado pela Corte *a quo*, no caso concreto, a intervenção do representante do Ministério Público na fase recursal perante o Tribunal *a quo* não supriria a ausência de intimação do *parquet* que oficia em primeiro grau de jurisdição.

11. Assim, nos termos do art. 246 e parágrafo único do Código de Processo Civil, reconhecida a nulidade por ausência de intimação do Ministério Público para acompanhar o feito em que deveria intervir, o processo deve ser anulado a partir da decisão que analisou o recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa.

12. Por fim, é necessário consignar que os efeitos do reconhecimento da nulidade no processo devem observar o disposto no art. 248 do Código de Processo Civil: *Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequêntes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.*

13. Portanto, é evidente que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, objeto do Agravo de Instrumento no. 0012418-19.2010.8.19.0000, que excluiu ASM Asset Management DTVM S.A e ASM Administradora de Recursos S/A do pólo passivo da ação civil de improbidade administrativa, é atingido pela declaração de nulidade do processo por depender diretamente do ato judicial anulado. Tal controvérsia, objeto do REsp no. 1.330.445-RJ, também sob a minha Relatoria, fica com o julgamento prejudicado em razão da apontada circunstância do caso concreto.

14. Outrossim, o reconhecimento da nulidade na fase preliminar da ação civil de improbidade administrativa, não atinge, necessariamente, a decisão posterior que determinou a indisponibilidade de bens dos réus, pois não dependente do recebimento da exordial para ser decretada. Nesse sentido, o

entendimento consolidado deste Tribunal Superior: AgRg no AREsp no. 20.853-SP, 1a. Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 29.6.2012; REsp no. 1.113.467-MT, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 27.4.2011.

15. Recursos especiais interpostos por Nominal Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários LTDA e Outro, E P M de A H e Outro, S L V M de M e Outros e E L dos S da S e Outro parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.

16. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro e do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: A Turma, por unanimidade, conheceu em parte dos recursos especiais de Nominal Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda e Outro, E P M de A H e Outro, S L V M de M e Outros e E L dos S da S e Outro e, nessa parte, negou-lhes provimento; deu provimento ao recurso especial do Estado do Rio de Janeiro e do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 5 de agosto de 2014 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 12.8.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recursos especiais interpostos em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 873):

Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa cumulada com reparação de danos. Nulidade processual decorrente da ausência de intervenção do Ministério Público, na qualidade de custos legis. Impossibilidade de manutenção no polo passivo de réu excluído por decisão transitada em julgado. Recurso ao qual se dá parcial provimento.

I - O colendo Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que a alegação de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância, quando há manifestação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição, exige a prova de nulidade efetiva, sob pena de se desprestigiar os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas. Impossível, contudo, exigir-se a prova de nulidade se o Ministério Público não teve vista dos autos, circunstância agravada por decisão de reconsideração com exclusão de réus, sem que fosse precedida da exigida intimação, não sanando a nulidade a intervenção do Ministério Público em segundo grau - “A atuação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição ocorre na qualidade de órgão interveniente, sendo certo que não possui atribuição para praticar atos processuais em primeira instância, em vista da existência de escalonamento funcional”;

II - Contudo, indevida a anulação de molde a inserir réu excluído por decisão da Câmara, transitada em julgado, impondo-se “declarar nula a decisão que reconsiderou o recebimento da inicial da ação de improbidade e decisões posteriores visando complementá-la, para que seja oportunizada a manifestação obrigatória do Parquet em primeiro grau de jurisdição, viabilizando-lhe o cotejo das defesas prévias apresentadas, o exame das questões suscitadas neste contraditório preliminar inserto no âmbito do processo da ação civil de improbidade, cuja inobservância implica ofensa ao devido processo legal;

III - Provimento parcial ao recurso.

Houve a oposição de sucessivos embargos de declaração, os quais foram julgados pelo Tribunal de origem, com as seguintes ementas (fls. 978-1.003 1.137-1.149, 1.248-1.262, respectivamente):

Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa cumulada com reparação de danos. Nulidade processual decorrente da ausência de intervenção do Ministério Público, na qualidade de custos legis. Impossibilidade de manutenção no polo passivo de réu excluído por decisão transitada em julgado recurso ao qual se deu parcial provimento. Embargos de declaração. Efeitos infringentes de forma limitada. Possibilidade. Inexistência de pressupostos de acolhimento. Improvimento aos recursos declarando-se, contudo, por maioria (vencido o relator), a exclusão das empresas a que se refere o Agravo de Instrumento no. 0012418-19.2010.8.19.0000, até eventual decisão contrária do Superior Tribunal de Justiça.

I - O art. 535 do CPC possibilita o acolhimento dos embargos de declaração quando houver no acórdão, obscuridade, contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o tribunal;

II - O colendo Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que a alegação de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância, quando há manifestação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição, exige a prova de nulidade efetiva, sob pena de se desprestigiar os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas. Impossível, contudo, exigir-se a prova de nulidade se o Ministério Público não teve vista dos autos, circunstância agravada por decisão de reconsideração com exclusão de réus, sem que fosse precedida da exigida intimação, não sanando a nulidade a intervenção do Ministério Público em segundo grau - "A atuação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição ocorre na qualidade de órgão interveniente, sendo certo que não possui atribuição para praticar atos processuais e, primeira instância, em vista da existência de escalonamento funcional".

III - Contudo, indevida a anulação de molde a inserir réu excluído por decisão da Câmara, transitada em julgado, impondo-se "declarar nula a decisão que reconsiderou o recebimento da inicial da ação de improbidade e decisões posteriores visando complementá-la, para que seja oportunizada a manifestação obrigatória do Parquet em primeiro grau de jurisdição, viabilizando-lhe o cotejo das defesas prévias apresentadas, o exame das questões suscitadas neste contraditório preliminar inserto no âmbito do processo da ação civil de improbidade cuja inobservância implica ofensa ao devido processo legal" V - Improvimento aos embargos de declaração, ratificando-se, por maioria, vencido o relator, as exclusões das rés a que se refere o Agravo de Instrumento no. 0012418-19.2010.8.19.000 até eventual decisão contrária do Superior Tribunal de Justiça.

Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa cumulada com reparação de danos nulidade processual decorrente da ausência de intervenção do Ministério Público, na qualidade de custos, legis impossibilidade de manutenção no polo passivo de, réu excluído por decisão transitada em julgado. Recurso ao qual se deu parcial provimento. Embargos de declaração. Efeitos infringentes de forma limitada possibilidade. Inexistência de pressupostos de acolhimento. Improvimento ao recurso declarando-se contudo, por maioria (vencido o relator), a exclusão da empresa a que se refere o Agravo de Instrumento no. 0012418-19.2010.8.19.0000, até eventual decisão contrária do Superior Tribunal de Justiça. Improvimento aos embargos de declaração.

I - O art. 535 do CPC possibilita o acolhimento dos embargos de declaração quando houver no acórdão, obscuridade, contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o tribunal;

II - O colendo Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que a alegação de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância, quando há manifestação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição, exige a prova de nulidade efetiva, sob pena de se desprestigiar os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas. Impossível, contudo, exigir-se a prova de nulidade se o Ministério Público não teve vista dos autos, circunstância agravada por decisão de reconsideração com exclusão de réus, sem que fosse precedida da exigida intimação, não sanando a nulidade a intervenção do Ministério Público em segundo grau - "A atuação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição ocorre na qualidade de órgão interveniente sendo certo que não possui atribuição para praticar atos processuais em primeira instância, em vista da existência de escalonamento funcional"

III - Contudo, indevida a anulação de molde a inserir réu excluído por decisão da Câmara, transitada em julgado, impondo-se "declarar nula a decisão que reconsiderou o recebimento da inicial da ação de improbidade e decisões posteriores visando complementá-la, para que seja oportunizada a manifestação obrigatória do Parquet em primeiro grau de jurisdição, viabilizando-lhe o cotejo das defesas prévias apresentadas, o exame das questões suscitadas neste contraditório preliminar inserto no âmbito do processo da ação civil de improbidade, cuja inobservância implica ofensa ao devido processo legal";

IV - Improvimento, aos embargos de declaração.

Processual Civil. Agravo de instrumento ação de improbidade administrativa cumulada com reparação de danos nulidade processual decorrente da ausência de intervenção do Ministério Público, na qualidade de custos legis impossibilidade de manutenção no polo passivo de réu excluído por decisão transitada em julgado. Recurso ao qual se deu parcial provimento. Embargos de declaração efeitos infringentes de forma limitada. Possibilidade. Inexistência de pressupostos de acolhimento improvemento ao recurso declarando-se, contudo, por maioria (vencido o relator), a exclusão das empresas a que se refere o Agravo de Instrumento no. 0012418-19.2010.8.19.0000, até eventual decisão contrária do Superior Tribunal de Justiça. Improvemento aos novos embargos de declaração por não se vislumbrarem os pressupostos do art. 535, do Código de Processo Civil.

I - O art. 535 do CPC possibilita o acolhimento dos embargos de declaração quando houver no acórdão, obscuridade, contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o tribunal.

II - O colendo Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que a alegação de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância, quando há manifestação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição, exige a prova de nulidade efetiva, sob pena de se desprestigiar os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas. Impossível, contudo, exigir-se a prova de nulidade se o Ministério Público não teve vista dos autos, circunstância agravada por decisão de reconsideração com exclusão de réus, sem que fosse precedida da exigida intimação, não sanando a nulidade a intervenção do Ministério Público em segundo grau - “A atuação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição ocorre na qualidade de órgão interveniente sendo certo que não possui atribuição para praticar atos processuais em primeira instância, em vista da existência de escalonamento funcional”;

III - A Câmara, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração anteriores. Também, por maioria, vencido o relator, declararam-se excluídas pela decisão anterior desta Câmara no Agravo de Instrumento no 0012418-192010.8.19.0000 as empresas ASM ASSET MANGEMENT DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A. e ASM ADMINISTRADORA DE RECURSOS S.A., até eventual decisão contrária do egrégio Superior Tribunal de Justiça, não havendo, por conseguinte, que se discutir sobre a prejudicialidade recursal em face da nulidade determinada. A maioria manteve a exclusão;

IV - Inexistência dos pressupostos do art. 535, do Código de Processo Civil;

V - Improvimento aos embargos de declaração.

No especial de E L DOS S DA S E OUTRO, os recorrentes alegam, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 83, 165, 245, 248, 458, 535, II, do CPC e 17, § 4o., da Lei no. 8.429/1992, porquanto: a) o Tribunal de origem não se manifestou acerca das questões suscitadas nos embargos de declaração; c) a obrigatoriedade de intimação do Ministério Público implica a nulidade de todas as decisões e atos processuais posteriores e se configura como matéria de ordem pública, de modo que pode ser alegada a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição e, inclusive, reconhecida de ofício; b) a decisão que decretou a indisponibilidade dos bens foi proferida após a decisão de recebimento da inicial, de modo que, tendo esta sido declarada nula, não há como tal nulidade não atingir aquela decisão; c) há de ser reconhecida a nulidade do processo quando o Ministério Público não intervenha como fiscal da lei; d) o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo, o que não ocorreu no caso em questão (e-STJ fls. 1.271-1.296).

Em suas razões do recurso especial, Nominal DTVM Ltda e Outro indicam violação dos arts. 246, parágrafo único e 248 do CPC, pois, tendo sido declarada a nulidade processual decorrente da ausência de intervenção do Ministério Público na qualidade de *custus legis*, não pode subsistir a decisão que determinou a indisponibilidade dos bens da recorrente (e-STJ fls. 1.304-1.316).

Nas razões do recurso especial, S L V M DE M E OUTROS apontam, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 17, § 4o., da Lei no. 8.429/1992, 83, I e II, 84 e 246 do CPC, por entenderem, em síntese, que: a) não há interesse recursal do Ministério Público no que diz respeito à declaração de nulidade da decisão por inobservância da regra contida no art. 17, § 4o., da Lei no. 8.429/1992, porquanto o Juízo *a quo* efetivamente determinou a intimação do *parquet* na mesma ocasião em que recebeu a petição inicial da ação de improbidade; b) eventual inexistência de intimação do MP antes da decisão de recebimento da inicial não gera nulidade, eis ainda não havia se instaurado plenamente

a relação processual; c) o Ministério Público emitiu parecer sobre todas as decisões proferidas na fase preambular, o que afasta qualquer contrariedade às regras dos referidos dispositivos ou suposta nulidade; d) deve ser observado o princípio da instrumentalidade das formas, porquanto foi atingida a finalidade do ato e não houve prejuízo às partes (e-STJ fls. 1.343-1.365).

Por sua vez, E P M DE A H E OUTRO sustentam a existência de dissídio jurisprudencial no que se refere à aplicação dos arts. 245, 246, 248 do CPC e 17, § 4o., da Lei no. 8.429/1992, sob a alegação de que inexistente vício sanável no caso dos autos, haja vista que a manifestação do Ministério Público em segunda instância tem o condão de suprir a ausência de sua intervenção em primeira instância (e-STJ fls. 1.532-1.545).

O Estado do Rio de Janeiro e o Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA, nas razões do recurso especial, apontam o malferimento dos arts. 246, parágrafo único, 248, 535, II, do CPC, 17, §§ 4o., 6o. e 8o. da Lei no. 8.429/1992, sustentando que: a) o Tribunal *a quo* se omitiu na análise dos dispositivos suscitados nos embargos de declaração; b) com a declaração de nulidade das decisões de recebimento da petição inicial e dos atos que delas decorram logicamente, não há como ser preservada a decisão que excluiu as Empresas ASM'S da demanda; c) não se justifica a concessão de tratamento diferenciado às Empresas ASM's, devendo também estas serem submetidas à nova decisão sobre o recebimento da ação, a ser proferida após a oitiva do *parquet*, diante da nulidade absoluta das decisões anteriores; d) não se pode aplicar a tese segundo a qual a nulidade decorrente da ausência de intervenção ministerial em primeiro grau seria sanada quando, não tendo sido demonstrado o prejuízo, o Ministério Público intervém em segundo grau de jurisdição (e-STJ fl. 1.553-1.579).

Os recorridos apresentaram contrarrazões aos recursos especiais (fls. 1.594-1.610, 1.611-1.626, 1.627-1.644, 1.645-1.664 e 1.665-1.685).

Nesta Corte Superior, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial dos recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Em razão da especificidade da hipótese examinada, os recursos especiais dos recorrentes serão examinados concomitantemente.

Inicialmente, não há falar em violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. Além disso, os vícios suscitados pelos recorrentes foram enfrentados pela Corte *a quo* no julgamento dos sucessivos embargos declaratórios.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Ausência de prequestionamento. Súmula no. 211-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Ausência de similitude fática. IPTU, TIP E TCLLP. Pretensão de anulação do crédito tributário. Prescrição.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

(...)

6. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp no. 767.250-RJ, 1a. Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 10.6.2009)

Processual Civil. Violação ao art. 535 não configurada. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não comprovada. Incidência da Súmula no. 13 STJ. Inadmissibilidade.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando os fundamentos da decisão *a quo* que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, pois ao magistrado cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide.

(...)

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp no. 977.216-PE, 2a. Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 24.11.2008)

Por outro lado, não houve apreciação pelo Tribunal de origem sobre os dispositivos legais supostamente violados (arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil) o que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas no. 282-STF e 211-STJ, respectivamente: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada; Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.*

Efetivamente, a configuração do questionamento prévio não exige que o Tribunal de origem mencione expressamente o dispositivo infraconstitucional tido como violado. Todavia, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não-preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior: AgRg no REsp no. 1.101.616-SP, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 27.5.2009; AgRg no Ag no. 918.758-SP, 1a. Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 17.12.2008.

Ademais, é manifesto que o Tribunal *a quo*, ao analisar a controvérsia, fundou o seu entendimento em preceitos de natureza constitucional e infraconstitucional autônomos. Entretanto, em relação à fundamentação constitucional, não houve a interposição de recurso extraordinário, o que atrai a incidência da Súmula no. 126-STJ: *É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.*

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública contra suposto ato de improbidade administrativa perpetrado por empregados da Petrobrás. Interposição do apelo nobre tão somente pela alínea c do permissivo constitucional. Não realização do cotejo analítico. Impossibilidade do aperfeiçoamento da dissidência pretoriana. Acórdão impugnado arrimado em duplo fundamento. Questão constitucional não impugnada. Aplicação da Súmula no. 126 do STJ. Óbices de admissibilidade que interditam o conhecimento da questão de fundo.

1. É defeso o conhecimento do apelo nobre pela alínea c do permissivo constitucional, porque o recorrente, ora agravante, furtou-se a realizar o cotejo analítico, com a transcrição de trechos dos julgados confrontados, a fim de evidenciar a adoção de soluções antagônicas para a mesma questão jurídica. Tal requisito não pode ser suprido pela mera transcrição da ementa do julgado paradigmático e a breve exposição no sentido de que os casos confrontados versam sobre a mesa tese jurídica, máxime porque não se cuida de dissídio notório.

2. A incompetência da Justiça Federal foi elidida com base no art. 109, I, da Constituição Federal, sendo certo que o recorrente, o agravante, não interpôs, simultaneamente ao recurso especial, o recurso extraordinário, razão pela qual incide a Súmula no. 126-STJ à espécie.

3. O recurso especial teve seu seguimento negado em virtude de óbices de admissibilidade, de modo que está interditado o conhecimento da questão de fundo

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp no. 1.129.806-RJ, 1a. Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 24.10.2012)

Processual Civil. Agravo regimental. Art. 535 do CPC. Violação inexistente. Improbidade administrativa. Acórdão a quo baseado no conjunto fático-probatório. Súmula no. 7-STJ. Fundamento constitucional não-atacado. Súmula no. 126-STJ.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC quando a decisão recorrida se apresenta devidamente fundamentada, sem que haja omissões ou contradições a serem sanadas.

2. Os autos demonstram que o exame do apelo excepcional exige que se adentre na seara probatória. É evidente que a questão primordial sobre verificar a existência, ou não, de prova concreta em valores contábeis dos alegados prejuízos, que haveria de ser apurados em comparação com outros compromissos da recorrente constitui matéria de fato, e não de direito. Tal análise, na via especial, não é possível, tendo em vista o óbice instituído pelas Súmulas no. 7-STJ e 279-STF. A conclusão firmada pelo acórdão objurgado decorreu da análise do conjunto fático-probatório dos autos e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame e a inversão do mencionado suporte.

3. Estando o acórdão recorrido embasado em fundamentos de natureza constitucional e infraconstitucional, a não interposição de

recurso extraordinário impõe o não conhecimento do recurso especial, conforme o enunciado da Súmula no. 126 desta Corte.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp no. 763.026-SP, 2a. Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe de 6.11.2008)

Por sua vez, é necessário consignar que a interposição do recurso especial fundado na alínea *c* do permissivo constitucional exige que o recorrente cumpra as disposições previstas nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1o., *a*, e § 2o., do RISTJ. Com efeito, é inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial quando o recorrente não demonstrar o suposto dissídio pretoriano por meio: a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado em que o acórdão divergente foi publicado; c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Além disso, o conhecimento do recurso especial fundado em divergência jurisprudencial também pressupõe a indicação dos dispositivos de lei federal com interpretação divergente entre os Tribunais. Deixando o recorrente de assim proceder, fica deficiente a fundamentação recursal, incidindo o princípio contido na Súmula no. 284-STF: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

Na hipótese examinada, verifica-se que os recorrentes limitaram a transcrever a ementas e trechos dos julgados paradigma, não atendendo aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos legais supramencionados, restando ausente o necessário cotejo analítico a comprovar o dissídio pretoriano, bem como a indicação dos dispositivos legais supostamente analisados de maneira divergente. Assim, é descabido o recurso interposto pela alínea *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Sobre o tema, o entendimento desta Corte Superior:

Processual Civil. Ausência de violação do art. 557 do CPC. Não-indicação do dispositivo legal. Súmula no. 284-STF. Tributário.

Imposto de renda retido na fonte. Repetição de indébito. Aposentadoria complementar. Previdência privada. Lei no. 7.713/1988. Isenção do beneficiário. Art. 543-C do CPC.

1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial quando interposto com base na alínea c do permissivo constitucional.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp no. 1.082.801-RJ, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 11.5.2009)

Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade objetiva do Estado. Morte de pessoa causada por policiais em serviço. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Apresentação de razões dissociadas. Súmula no. 284 do STF. Reexame do valor da indenização e dos honorários advocatícios. Impossibilidade. Súmula no. 7-STF. Decisão ultra petita. Ausência de questionamento. Reexame necessário. Súmula no. 325 do STJ.

(...)

2. A divergência jurisprudencial deve ser demonstrada mediante identificação clara do dissídio entre os casos confrontados, identificando os trechos que os assemelhem, visto que a simples transcrição de ementas não é suficiente para a comprovação do dissídio. No caso, não houve o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas, com a indicação das circunstâncias que os identificam ou assemelham. Ademais, a ausência de indicação dos dispositivos tidos por violados não autoriza o conhecimento do recurso especial, mesmo quando interposto com base na alínea c do permissivo constitucional (Súmula no. 284-STF).

(...)

9. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp no. 956.037-RN, 1a. Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 26.3.2009)

No caso dos autos, o Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro-RIOPREVIDÊNCIA e o Estado do Rio de Janeiro

ajuizaram ação civil pública por ato de improbidade administrativa c/c reparação de danos contra Eduardo Luiz dos Santos da Silva e Outros em face de suposta fraude decorrente da alienação direcionada de ativos do patrimônio do Rio Previdência, originados de créditos vinculados a contratos de financiamento habitacional, originários do Banco do Estado do Rio de Janeiro (BANERJ) e integralizados em Fundo de Investimento em Direitos Creditícios (FIDC).

A referida ação civil foi ajuizada em dezembro de 2008, ocasião que foi determinada a notificação dos réus para apresentação de defesa prévia, nos termos do procedimento previsto no art. 17, § 7o., da Lei no. 8.429/1992. Após a notificação dos vinte e dois (22) réus o Juízo singular recebeu a petição inicial e determinou a citação para apresentação de contestação.

A decisão foi objeto de diversos agravos de instrumento dirigidos ao Tribunal *a quo*, inexistindo juízo de retratação pelo juízo em primeiro grau de jurisdição (art. 529). Entretanto, em fevereiro de 2010, sob alegação de *prerrogativa decorrente da interposição dos diversos recursos de agravo de instrumento pelos réus*, houve a reconsideração parcial da decisão para excluir nove réus do pólo passivo da demanda. Tal decisão foi impugnada por ASM Asset Management DTVM S.A e ASM Administradora de Recursos S/A, as quais também foram excluídas da ação civil de improbidade administrativa, em face do provimento do agravo de instrumento pelo Tribunal de origem, questão objeto do REsp no. 1.330.445-RJ, também sob a minha Relatoria.

Somente após essa decisão, em novembro de 2010, em face de alegação do RIOPREVIDÊNCIA e o ESTADO DO RIO DE JANEIRO de nulidade processual por ausência de intervenção do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de *custus legis*, o membro do *Parquet* Estadual foi intimado, interpondo recurso de agravo.

O objeto do presente recurso especial está limitado à análise da existência de nulidade absoluta em decorrência da não intimação do Ministério Público para officiar como fiscal da lei antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa e, em caso positivo, o alcance dos efeitos para o reconhecimento de nulidade dos atos praticados na referida demanda.

O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, consignou (fls. 887-898):

Observa-se que, de fato, somente em 24.11.2010 - fl. 40, ordenou-se a intimação do Ministério Público, ou seja, após o recebimento da inicial com a determinação de citação e sua reconsideração parcial com exclusão de réus e se sustenta neste recurso inexistência de nulidade que estaria suprida pela intervenção do Ministério Público em segunda instância. Se é certo que o colendo Superior Tribunal de Justiça registra o entendimento de que a alegação de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância quando há manifestação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição, exige a prova de nulidade efetiva, sob pena de se desprestigiar os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas - REsp no. 1.010.521-PE, relator o eminente Ministro SIDNEI BENETI Terceira Turma em 26.10.2010, DJe de 9.11.2010, não se pode exigir do Ministério Público uma avaliação sobre a existência, ou não, de prejuízo, se não lhe foi dada oportunidade para se manifestar nos autos, indicar provas ou diligências anteriormente ao recebimento da inicial, além do que, nos termos do parecer que abaixo se transcreve, da lavra da eminente Dra. VANIA MARIA CARRANO BENJÓ - fls. 837-852, "A atuação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição ocorre na qualidade de órgão interveniente, sendo certo que não possui atribuição para praticar atos processuais em primeira instância, em vista da existência de escalonamento funcional":

(...)

Cinge-se a controvérsia posta nos autos em examinar se a ausência de intimação do Parquet Estadual para atuar na qualidade de órgão interveniente nos autos da ação de improbidade administrativa proposta em face dos agravados constitui nulidade absoluta e, portanto, insanável.

A presente ação de improbidade administrativa foi proposta pelo Rioprevidência e pelo Estado do Rio de Janeiro em razão de fraudulenta alienação, em procedimento licitatório, dos direitos creditórios pertencentes ao Rioprevidência e que teria resultado em vultoso prejuízo ao erário superando a quantia de R\$ 426.000.000,00 (quatrocentos e vinte e seis milhões de reais).

De início, cumpre afastar a alegação de intempestividade formulada pelos agravados. Afirmam, em síntese, que o

Ministério Público teve ciência inequívoca das decisões recorridas quando intimado para se manifestar nos autos dos diversos agravos de instrumento que foram interpostos contra as decisões proferidas pelo Juízo a quo, ora impugnadas.

Ocorre que tal raciocínio parte de premissa equivocada e alcança conclusão errônea, senão vejamos.

A atuação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição ocorre na qualidade de órgão interveniente, sendo certo que não possui atribuição para praticar atos processuais em primeira instância, em vista da existência de escalonamento funcional.

Ademais, a alegada ciência da decisão vergastada ocorreu em sede de agravo de instrumento que comporta cognição restrita e conhecimento limitado aos documentos traslada dos pelas partes. Assim, não tinha a Procuradoria de Justiça oficiante ciência da ausência de intimação do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição, o que lhe impediu, inclusive, de suscitar de ofício a existência de nulidade absoluta.

Por tais razões, tem-se como absolutamente tempestivo o recurso interposto, preenchendo os demais requisitos de admissibilidade recursal.

No tocante ao mérito recursal assiste parcial razão ao Recorrente.

Com efeito, apresente ação de improbidade administrativa foi proposta em 11 de dezembro de 2008 e somente em 10 de fevereiro com atribuição para atuar 9 perante o Juízo a quo. Ressalte-se que tal encaminhamento somente ocorreu em razão da oposição de embargos de declaração pelos Demandantes que suscitavam a obrigatoriedade de intervenção do Parquet Frise-se que uma vez pessoalmente intimado o il. Representante do Parquet em J O Grau de jurisdição, daí flui o prazo para interposição de recurso contra as decisões prolatadas sem sua obrigatória intervenção, não importando o tempo já decorrido da propositura da ação; a partir de tal ciência pessoal conta-se o prazo para interposição de recurso pertinente a seu ataque. (Parece-nos que houve omissão de expressão entre “fevereiro” e “com atribuição”, o que não deslustra o parecer).

(...)

Prosseguindo, a legitimação para atuação do Ministério Público no caso enfocado deflui diretamente do texto constitucional, notadamente dos artigos 127, caput e 129, inciso III, da CRFB/1988, sendo contemplada no artigo 17 da Lei no. 8.429/1992.

Pretendeu-se, assim, a tutela do patrimônio público resguardando-se a res publica dos deletérios efeitos provocados pela atuação de agentes ímprobos, que causam enormes prejuízos à sociedade que acaba por suportar o resultado da má gestão do dinheiro público. Assim, dada a relevância do bem jurídico tutelado inafastável a conclusão da imperativa atuação ministerial desde o limiar da ação de improbidade, destacando-se que a missão constitucional do Ministério Público reside justamente em preservar ordem jurídica justa e os interesses sociais.

Em tal ordem de idéias, tem-se que a indevida subtração do exercício da plenitude da atividade fiscalizadora pelo Ministério Público, mormente quando foram excluídos do polo passivo diversos corréus está eivada de nulidade insanável.

Ora, não teve o órgão com atribuição a possibilidade de influir na decisão do magistrado, sendo alijado do contraditório que se erige em garantia fundamental do devido processo, ex vi do artigo 5, inciso LV, da CRFB/1988. Isto sem olvidar que em relação aos mesmos fatos foi deflagrada ação penal e instaurado inquérito civil, de modo que o Parquet conhece em profundidade a intrincada fraude atribuída aos Réus e, assim, poderia colacionar aos autos dados objetivos capazes de oferecer melhores subsídios para uma decisão adequada, sendo evidente o prejuízo daí decorrente.

Em tal ordem de idéias, tem-se que o exame das questões aduzidas no contraditório preliminar, que antecede o recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade (§§ 8o. e 9o. do art. 17), com intimação dos demandados para oferta de defesa prévia, bem como sua análise constitui etapa preliminar, introduzida no rito da ação de improbidade administrativa pela MP no. 2.245-45/01, a consubstanciar análise pré via de admissibilidade da ação, dotada de indiscutível relevância na medida em que o magistrado, convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação

da via eleita, pode, inclusive, rejeitá-la (§ 8, art. 17), ensejando a extinção do processo.

Repila-se, ainda, a alegação de que a atuação do Parquet em segundo grau, teria o condão de suprir a ausência de intimação na instância originária. Tal, sorte de argumentação, não se aplica à hipótese vertente, pois por óbvio não poderia o Procurador de Justiça interpor recurso perante o Juízo a quo. Assim, como considerar suprida a subtração da faculdade processual do exercício do direito de recorrer (v. artigo 499 do CPC)?!

Atente-se que a nulidade aqui observada é absoluta, pois erigida sempre em prol do interesse público, do regular andamento do processo, garantia da cláusula constitucional do due process of law. Tão grave é o vício ora apontado que conforme preceitua o artigo 487, inciso III, alínea a, do CPC será cabível ação rescisória quando o Ministério Público não for ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

Note-se, ademais, como anteriormente afirmado a sistemática processual civil, bem como a legislação especial são contundentes ao dispor sobre a nulidade do feito quando o Ministério Público não seja intimado nas hipóteses em que deva intervir (...)

À luz de tais ponderações tem-se como inarredável o reconhecimento da nulidade invocada, limitando-se, contudo, à decisão que reconsiderou parcialmente o recebimento da inicial (v. fls. 23-32) elas decisões que complementaram tais provimentos jurisdicionais (v. fls. 35 e 38), permitindo-se ao Ministério Público o exame das defesas prévias apresentadas pelos Réus.

Isso porque, como até mesmo reconhecido pelo agravante, verbis:

Admite-se que a maior parcela dos atos processuais praticados sem a intervenção do Ministério Público, desde a data em que o mesmo deveria ter sido intimado (ou seja, 3.11.2009), não causou efetivo prejuízo aos interesses do Ml (rectius: aos interesses sociais cuja defesa incumbe ao Ministério Público, na forma do art. 127 da Constituição Federal), estando, portanto abrigados sob o princípio pas de nullité sans grief.

Desta feita, considerando que o recebimento da inicial contra todos os réus, primeira decisão (fls. 21) não causou efetivo prejuízo aos interesses sociais cuja defesa incumbe ao Ministério

Público, estamos em que não há que se falar em nulidade das decisões proferidas por esta C. Câmara, com devida atuação do Parquet em sede de agravo de instrumento, visto que, subsistirá a decisão que ensejou a interposição do recurso, mesmo no caso de ter sido procedida a exclusão de alguns réus por força de decisão na segunda instância.

Em tal ordem de idéias, a nulidade que ora se reconhece diz respeito à decisão de reconsideração do recebimento da inicial (fls. 23-32), notadamente no que pertine à exclusão de nove réus, (fls. 16) repita-se, unicamente por entendimento do r. juízo monocrático.

Merece destaque que, como bem exposto pelo agravante, o prejuízo advindo da falta de intervenção obrigatória do Parquet consoante dicção do parágrafo 4o. do artigo 17 da Lei no. 8.429/1992, revela-se patente ante a constatação de que os réus CARLOS HENRIQUE FARIAS e SERGIO LUIZ VIEIRA MACHADO DE MATTOS, excluídos do polo passivo pela decisão monocrática, já respondem a processo criminal pelos mesmos fatos narrados na presente demanda, incursos nas penas do artigo 90 da Lei 8.666/90, sendo, assim, inegáveis os indícios de autoria e materialidade já submetidos ao crivo do Poder Judiciário, Processo no. 0217153-45.2009.8.19.0001/2009.001.217748-5, enquanto que outros, também pelos mesmos fatos da ação de improbidade administrativa, figuram em inquérito civil.

Ante o exposto, é o parecer pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para, aproveitando-se alguns atos processuais já praticados e que não atingem o interesse do Ministério Público, apenas declarar nula a decisão que reconsiderou o recebimento da inicial da ação de improbidade, fls. 23-32, e decisões posteriores visando complementá-la, para que seja oportunizada a manifestação obrigatória do Parquet em primeiro grau de jurisdição, viabilizando-lhe o cotejo das defesas prévias apresentadas, o exame das questões suscitadas neste contraditório preliminar inserto no âmbito do processo da ação civil de improbidade, cuja inobservância implica ofensa ao devido processo legal.

(...)

Portanto, o ilustrado parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido de que se dê parcial provimento a fim de se declarar a nulidade, apenas, do decisum que reconsiderou o recebimento da inicial, levando-se em conta que “alguns atos processuais já praticados e que não atingem o interesse do Ministério Público”.

Parecer como o da Dra. VÂNIA não devia sofrer qualquer reparo. Todavia, não se pode olvidar o fato de que o Réu MARCO AURÉLIO GRILLO DE BRITO foi excluído por força de decisão transitada em julgado, daí não se poder anular simplesmente, concessa maxima venia, aquela decisão de reconsideração que o excluiu, sem que se declare a exclusão.

Por outro lado, o Ministério Público requereu a declaração de nulidade da decisão que recebeu a inicial, inclusive postulando a nulidade das decisões de fls. 9.065 e 9.073 que nem havia necessidade de requerimento porque é consequência, ou seja, decisão determinando a intimação do Ministério Público e decisão retificadora, de ofício, os embargos de declaração.

Assim, não havendo intimação do Ministério Público antes da decisão que recepcionou a inicial, a partir dali o processo está nulo, pelo que voto no sentido de que se dê parcial provimento ao recurso - não se pode manter no polo passivo MARCO AURÉLIO GRILLO DE BRITO, para se declarar a nulidade das decisões de fls. 7.159-7.159-v; 7.669-7.678; 7.725; 7.808; 9.065 e 9.073, dos autos principais, abrindo-se vista ao Agravante antes da prolação de novo decisum, permitindo-lhe pronunciar acerca das defesas prévias acostadas nas fls. 4.784ss., 4.849ss., 5.315ss., 5.317ss., 5.623ss., 5.653ss., 5.696ss., 5.723ss., 5.791ss., 5.801ss., 5.872ss., 6.023ss., 6.083ss., 6.283ss., 6.437ss., 7.102ss. e 7.140 ss., declarando-se a repercussão da nulidade tão somente sobre os atos praticados em decorrência da decisão de fls. 7.159-7.159-v (recebimento da inicial), inclusive sobre a citação dos Réus, que deverá ser renovada após nova decisão de recebimento da inicial.

A questão controvertida examinada no presente recurso especial ainda não foi analisada por esta Corte Superior e exige a interpretação da fase preliminar prevista na Lei no. 8.429/1992, que estabelece a notificação dos réus para apresentação de defesa prévia e posterior rejeição ou recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 4o. - O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

(...)

§ 6o. A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória no. 2.225-45, de 2001)

§ 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. (Incluído pela Medida Provisória no. 2.225-45, de 2001)

§ 8o. Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória no. 2.225-45, de 2001)

Realmente, na hipótese examinada, é notório que o Ministério Público não é parte nos autos, pois a ação civil de improbidade administrativa foi ajuizada pelo RIOPREVIDÊNCIA e pelo Estado do Rio de Janeiro contra diversos réus. Também é incontroverso que a petição inicial da referida ação civil foi recebida em sua totalidade, posteriormente reconsiderada para excluir integrantes do pólo passivo, sem qualquer intimação do representante do Ministério Público para atuar como *custus legis*.

O comando contido no § 4o. do art. 17 da LIA é imperativo ao determinar a obrigatoriedade do Ministério Público intervir, quando não for parte, como fiscal da lei sob pena de nulidade. Por outro lado, é evidente que tal intervenção deve ocorrer antes de qualquer ato decisório do julgador, especialmente antes da recebimento ou rejeição da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa.

Nesse momento, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos após as partes, será intimado de todos os atos do processo, poderá juntar documentos e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade, nos termos do art. 83 do Código de Processo Civil. A ausência de intimação para intervenção obrigatória do Ministério Público prevista em lei impõe a nulidade do processo (art. 84 do CPC).

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Agravo regimental em recurso especial. Ação possessória. Área de proteção ambiental. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade do processo reconhecida pelo Tribunal de origem. Conclusão do acórdão recorrido amparada nas circunstâncias fáticas da causa. Reexame de provas. Descabimento. Súmula no. 7-STJ. Recurso improvido.

1.- Consoante dispõe o artigo 535 do CPC, destinam-se os Embargos de Declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao re julgamento da causa.

2.- O Ministério Público deve intervir nas causas nas quais sobressai o interesse público, sob pena de nulidade absoluta, nos termos dos arts. 232 da CF, 84 e 246 do CPC, a qual pode ser reconhecida, inclusive, de ofício, pelo julgador, em qualquer tempo e grau de jurisdição, não havendo que se falar, portanto, que a questão não teria sido devolvida ao conhecimento do Tribunal.

3.- Ademais, no caso, verifica-se que a conclusão do Acórdão recorrido quanto à existência de prejuízo pela ausência de intervenção do Parquet estadual no feito decorreu da análise das circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado nesta sede excepcional, ante o óbice da Súmula no. 7 deste Tribunal.

4.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp no. 1.366.468-ES, 3a. Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe de 20.6.2014)

Processual Civil. Recursos especiais. Art. 105, III, a, da CF/1988. Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico, à de desapropriação por utilidade pública (Usina Hidroelétrica de Balbina-AM), proposta pela Eletronorte, em decorrência de alienação de terras devolutas pelo Estado do Amazonas a particulares, sob a alegação de ausência de

implementação de condição resolutive. Área com fortes indícios de anterior ocupação indígena, da etnia Waimiri Atroari, e de indícios de alienação irregular das glebas. Intervenção do Ministério Público em primeira instância. Obrigatoriedade, sob pena de nulidade absoluta (CPC, arts. 84 e 246).

1. O Ministério Público deve intervir ab origine nas causas nas quais sobressai o interesse público, por isso que nesse estágio processual pode produzir provas e atuar com maior amplitude do que o órgão ministerial cuja função se opera na instância ad quem.

(...)

4. Recurso especial do Ministério Público Federal conhecido e provido, para anular a sentença, determinando-se a sua oitiva a partir da primeira instância, prejudicadas as demais questões, bem como os recursos especiais interpostos pela Eletronorte e pela União.

(REsp no. 934.844-AM, 1a. Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 25.11.2010)

Nesse contexto, o prejuízo causado ao Ministério Público é manifesto, pois apesar da obrigatoriedade determinada pela Lei de Improbidade Administrativa para fiscalizar a ação civil de improbidade administrativa, somente foi intimado após a fase preliminar prevista na referida norma que excluiu diversos réus da relação processual, bem como após o transcurso de quase dois anos do ajuizamento da ação.

Ademais, como observado pela Corte *a quo*, no caso concreto, a intervenção do representante do Ministério Público na fase recursal perante o Tribunal *a quo* não supriria a ausência de intimação do *parquet* que oficia em primeiro grau de jurisdição.

Assim, nos termos do art. 246 e parágrafo único do Código de Processo Civil, reconhecida a nulidade por ausência de intimação do Ministério Público para acompanhar o feito em que deveria intervir, o processo deve ser anulado a partir da decisão que analisou o recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa.

Por fim, é necessário consignar que os efeitos do reconhecimento da nulidade no processo devem observar o disposto no art. 248 do Código de Processo Civil: *Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.*

Portanto, é evidente que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, objeto do Agravo de Instrumento no. 0012418-19.2010.8.19.0000, que excluiu ASM Asset Management DTVM S.A e ASM Administradora de Recursos S/A do pólo passivo da ação civil de improbidade administrativa, é atingido pela declaração de nulidade do processo por depender diretamente do ato judicial anulado. Tal controvérsia, objeto do REsp no. 1.330.445-RJ, também sob a minha Relatoria, fica com o julgamento prejudicado em razão da apontada circunstância do caso concreto.

Outrossim, o reconhecimento da nulidade na fase preliminar da ação civil de improbidade administrativa, não atinge, necessariamente, a decisão posterior que determinou a indisponibilidade de bens dos réus, pois não dependente do recebimento da exordial para ser decretada.

Nesse sentido, o entendimento consolidado deste Tribunal Superior:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade dos bens. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Decretação. Requisitos. Entendimento do STJ de que é possível antes do recebimento da inicial. Suficiência de demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito (fumaça do bom direito). Perigo da demora implícito. Independência de dilapidação patrimonial. Incidência também sobre bens adquiridos antes da conduta. Tribunal de origem que individualiza as condutas e indica dano ao erário em mais de quinhentos mil reais. Súmula no. 83-STJ.

1. Hipótese na qual se discute cabimento da decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

2. O acórdão recorrido consignou expressamente “haver prejuízo ao erário municipal”, bem como que “estariam presentes os requisitos necessários (fumus boni iuris e o periculum in mora) (...) limitado ao valor total de R\$ 535.367.50”.

3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do fumus boni iuris; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o periculum in mora

está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes: REsp no. 1.115.452-MA; REsp no. 1.194.045-SE e REsp no. 1.135.548-PR.

4. Ademais, a indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC no. 11.139-SP).

5. Destarte, para reformar a convicção do julgador pela necessidade da medida em favor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula no. 7-STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp no. 20.853-SP, 1a. Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 29.6.2012) (sem destaque no original)

Processual Civil e Administrativo. Improbidade. Violação dos arts. 165 e 535 não configurada. Cabimento da ação civil pública. Ausência de relação tributária. Indisponibilidade dos bens. Decretação inaudita altera pars. Possibilidade. Requisitos. Art. 7o. da Lei no. 8.429/1992.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso contra a ora recorrente e outros, em virtude de suposta improbidade administrativa envolvendo concessão e uso fraudulentos de créditos de ICMS.

2. Não está configurada ofensa aos arts. 165 e 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem conferiu fundamento suficiente à controvérsia que lhe foi apresentada, relativa à decretação de indisponibilidade dos bens.

3. A Ação Civil Pública por improbidade administrativa pode ser proposta contra qualquer agente público, inclusive os que integram a Administração Fazendária e, em quadrilha, montam créditos frios de ICMS.

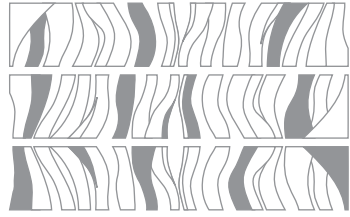
4. É possível a determinação de indisponibilidade e seqüestro de bens, para fins de assegurar o ressarcimento ao Erário, antes do recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade. Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp no. 1.113.467-MT, 2a. Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 27.4.2011) (sem destaque no original)

Ante o exposto, os recursos especiais interpostos por Nominal Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários LTDA e Outro, E P M de A H e Outro, S L V M de M e Outros e E L dos S da S e Outro devem ser parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos; recurso especial do Estado do Rio de Janeiro e do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA deve ser provido, nos termos da fundamentação.

É o voto.



DOCTRINA

AS IMPROPRIEDADES DA LEI DE IMPROBIDADE

*Benedito Cerezzo Pereira Filho**

1. A RESERVA ÉTICA DA LEI

Uma sociedade que troca um pouco de liberdade por um pouco de ordem acabará por perder ambas, e não merece qualquer delas.
(Thomas Jefferson, em correspondência enviada a James Madison)

Felizes os homens se não precisassem de leis! Reinaria a paz perpétua¹ em plena vida cotidiana. Contudo, como o estado de natureza é, por excelência, uma barbárie, há, inexoravelmente, a necessidade de regramentos.

Alertava KANT que *o estado de paz entre os homens que vivem lado a lado não é um estado de natureza (status naturalis), que antes é um estado de guerra [...]. Ele tem de ser, portanto, instituído [...].* Rechaçado por KANT, este estado de natureza é *aquele em que não existe o direito, no qual as hostilidades, declaradas ou não, estão sempre presentes, pois a paz deve portanto ser assegurada por estruturas jurídicas institucionais, ou seja, o estado de paz deve ser fundado [...] por meio do direito público: deve-se sair do estado de natureza e entrar um estado civil [...], um estado no qual é legalmente definido o que é de cada um.*²

Assim o é porque o estado natural é constituído por pessoas desiguais, nas mais variadas matizes, físicas, econômicas, de cor, sexo, intelectual etc. Houvesse igualdade em todas essas cambiantes, desnecessária seria a lei.

(*) Benedito Cerezzo Pereira Filho é Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, professor da USP, Membro da Comissão que instituiu o Novo Código de Processo Civil e Advogado em Brasília, Sócio do Escritório MARCELO LEAL ADVOGADOS ASSOCIADOS.

¹ O vácuo legislativo exigiria uma condição de extrema harmonia, incapaz, infelizmente, de se vislumbrar no humano.

² NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 38, apud GERHARDT, Luiza Maria. In: Educação Porto Alegre – RS, ano XXVIII, no. 1 (55), p. 143 – 154, Jan./Abr. 2005.

Como reina a desigualdade, e a crença na compaixão alheia não é suficiente, torna-se necessário proteger o débil pela aceitabilidade de um regramento com previsão abstrata e geral.

Mas, que fique claro! O débil, o fraco, o é em relação ao poder. É a proteção que se deve ter sobre o abuso de todo e qualquer poder. A lei, por essa ótica, é o limite do poder! Amilton Bueno de Carvalho esclarece:

*A lei – desde meu ponto de vista – diz necessariamente com limite. É, sempre e sempre (eticamente considerada) sua própria razão de ser: limite ao poder desmesurado. Em outras palavras: a lei é limite à dominação do mais forte.*³

A lei, pois, é imprescindível!⁴ Não se concebe, ainda, outro mecanismo capaz de regradar o comportamento social com razoável esperança de paz.

Selada essa premissa, cumpre-nos desenvolver com razoável discernimento a melhor compreensão e convivência sob o manto da *legalidade*. Conclusão que, inexoravelmente, já se pode extrair dessa ilação é a de que sendo a lei limite ao poder desmesurado, a segurança do cidadão está na plena proteção e respeito às garantias constitucionais processuais que lhe confere a legislação.

A mínima deficiência nesse sistema de garantias, seja na elaboração da própria lei ou, principalmente, pela interpretação conferida pelos tribunais, equivalerá, sem receio de excesso, à volta a barbárie, à permissão do impensável *estado de natureza*.

2. O LEGISLADOR: PRIMEIRO RESPONSÁVEL

Já que não se discute a necessidade da lei, a codificação tem de ser pensada a partir da sociedade, sendo *preciso rapidamente torná-la legítima e útil para a comunidade*.⁵ Para tanto, é elementar levar em consideração

³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Reformas penais em debate. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 12.

⁴ Até mesmo nos sistemas jurídicos calcados pelos costumes, Common Law, há leis. São os denominados actos da legislação inglesa, por exemplo.

⁵ MONTEAGUDO, Ricardo. Entre o direito e a história: a concepção do legislador em Rousseau. São Paulo: Editora Unesp, 2006. p. 16.

os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal. É imperioso, pois, apesar da lei, dar vida ao direito, afinal *Se a lei dissimula de maneira quase completa a vida espontânea do direito, não é verdade que a tenha inteiramente suprimido.*⁶

Não se desconhece, entretanto, que essa tarefa legiferante, numa inversão de valores, por muito tempo, foi utilizada em prol dos mais abastados e em total desprestígio dos mais necessitados.

O conhecimento adstrito à busca pela melhor técnica a ser aplicada - considerando teoria e prática - deve ser utilizado para aperfeiçoar o meio, vocacionado a permitir confiança e conforto ao cidadão. A “vida do direito”, como todo “saber”, exige, igualmente, esse desiderato. Porquanto, a realidade social, nos planos econômico, político e cultural, é uma questão que não pode, em absoluto, ser desprezada.⁷

Os responsáveis pela normatividade, por sua vez, precisam ter consciência desse cenário para que o debate seja profícuo e possa, de verdade, espelhar uma legislação apta a solucionar adequadamente os conflitos sociais.

É um conjunto, pois, cujos elementos que o compõem não podem estar dissociados. Em outras palavras, é preciso conhecer o todo para empregar uma técnica adequada àqueles problemas apontados como carentes de solução.⁸

O olhar sobre o novo deve levar em consideração a estrutura e a ideologia do velho que se pretende *sepultar* para não correr o risco de se

⁶ CRUET, Jean. A vida do direito e a inutilidade das leis. 3 ed., CL Edijur: Leme/SP, 2008. p. 27.

⁷ A esse respeito escreveu Posner: [...] *os juízes não percebem quanto é limitado o conhecimento que têm das realidades sociais que dão origem às demandas.* POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. trad. por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. XII.

⁸ *O direito é, em primeiro lugar, um conjunto de técnicas para reduzir os antagonismos sociais, para permitir uma vida tão pacífica quanto possível entre homens propensos às paixões. É dar conta do caráter flutuante e pragmático dessa arte, uma arte de homens sensatos, como lembra sem humor a velha palavra jurisprudência. Assim, o conhecimento que se pode ter dessa arte refletirá as incertezas dessa técnica de pacificação social.* MIAILLE, Michael. Introdução crítica ao direito. 2 ed., trad. por Ana Prata, Lisboa: Editorial Estampa, 1994. pp. 25-26.

mudar apenas o *tempo* do discurso. *É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possibilidade de fazer aparecer o ‘invisível’⁹*, capaz de justificar a mudança proposta.

A legislação nunca deve ser vista como um dado completo, a requerer apenas a sua aplicação no mundo dos fatos, independentemente das vicissitudes do dia-a-dia. A advertência de Dworkin, segundo a qual: *Por incrível que pareça, nossa doutrina não tem nenhuma teoria plausível acerca da divergência teórica no direito*¹⁰, convida-nos, no mínimo, a uma reflexão sobre o que e como temos “pensado” o direito, *Porque, em definitivo, trata-se de saber porque é que dada regra jurídica, e não dada outra, rege dada sociedade, em dado momento.*¹¹

Não se pode olvidar que *O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva*¹² a exigir muita reflexão, tanto na teoria como na prática, cômico de que *o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realização: esta é, de facto, um processo constante.*¹³

É, em última análise, *unir os dois polos de uma mesma problemática: Direito e Sociedade, juristas e realidade social*¹⁴ numa prática jurídica permeada pela crítica (des)reveladora, convencidos de que *O direito é, sem dúvida, um fenômeno social*¹⁵ não podendo, portanto, voltar as costas para a realidade social, *Pois quanto mais aprendemos sobre o direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é totalmente*

⁹ Idem, ibidem. p. 21.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. trad. por Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 10.

¹¹ MIAILLE, Michael. *op. cit.* p. 23.

¹² DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p. xii.

¹³ MIAILLE, Michel. *op. cit.* pp. 21-22.

¹⁴ ARNAUD, André-Jean. O direito traído pela filosofia. trad. por Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p. 17.

*incontestável*¹⁶ e que, *Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos.*¹⁷

2.1 A (IN)CONSCIÊNCIA NA “PRODUÇÃO” DA LEI: PROCESSO DE (DES) INFORMAÇÃO

*A venda sobre os olhos da Justiça não significa apenas que não se deve interferir no direito, mas que ele não nasceu da liberdade.*¹⁸

Todo saber traz consigo, é-lhe ínsito, portanto, certa carga ideológica. Compreendida aqui, no seu sentido mais singelo, como uma ideia, ideário. Isso porque nenhum saber é *imparcial*. Ao contrário, ele é condicionado, adstrito ao seu interlocutor. *Destarte, inexistente saber neutro, valioso por si próprio, sendo sempre o saber de alguém e um saber para algo.*¹⁹ Cada qual, portanto, deverá *construir* o seu saber e não *apreender* o “saber” alheio, sem nada lhe acrescentar.²⁰

Esse saber não-neutro poderá estar a serviço de uma ideologia. Neste ponto, entendido no seu complexo, ou seja, como *um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e que esse ocultamento é uma forma*

¹⁶ Idem, ibidem. p. 13.

¹⁷ Idem, ibidem. p. 15.

¹⁸ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. trad. Por Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985. p. 30.

¹⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 7.

²⁰ Apoderar-se do “saber” alheio é um mal que apenas permite repetição (*e quem conta um conto, aumenta um ponto!*) de um “conhecimento” que se eterniza único e sem perspectiva de alteração do *status quo*. O professor, então, não ensina, apenas (*e é tudo*) informa. O entendimento de Jacinto Coutinho é lapidar: *Afinal, desde sua pequena ‘lanterna’ o que pode fazer de menos pior é indicar ‘um’ caminho e, por ele (fixado como limite a ser transposto), forçar os alunos a encontrarem ‘um’ para eles mesmos. Como disse Dussel, “analfabetos dos analfabetos que se lhes quer impor”, ainda têm uma chance se a imposição não se fizer. Do contrário, serão como seus mestres e seguirão repetindo a mesma catilina, ou seja, o discurso da Totalidade.* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sonhocídio: Estragos neoliberais no ensino do direito ou “La búsqueda del banquete perdido”*, como diria Enrique Marí. *In: Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política. Filosofía y Derecho*. no. 21, jul-dez/2002. p. 105.

*de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política.*²¹

A formação do Estado Moderno com sua juridicidade constitui exemplo de uma ideologia que transpassa séculos às ocultas.²² De tão inserida, se fortalece até mesmo com a crítica. Ainda que paradoxal, a bem da verdade, a própria crítica passa ser ideológica à proporção que, por ausência de compreensão, é vista como um entrave ao conhecimento posto que, por ignorância, vislumbra como óbvio.

Eis o motivo pelo qual surgem soluções imediatistas²³ e mágicas a concluir, por exemplo, que o problema da letargia processual cível estaria no número excessivo de recursos ou que a questão da violência se resume na impunidade e na existência de penas brandas. É certo, então, que uma análise crítica é diferente de uma análise *com crítica*.²⁴

Essas conclusões apressadas vêm, sempre, recheadas de forte dose de sensacionalismo e, por isso, ganha espaço no cenário jurídico e é rapidamente “apreendida” pelos agentes responsáveis pela juridicidade *teórica e prática*.

Essa conclusão óbvia vulgariza o pensamento crítico à medida que o *educador* o despreza por entender que a solução já está por demais alcançada. *O culto das aparências leva ao desprezo da realidade*²⁵ e fortalece um sentimento de paz mentiroso que oculta as contradições e os conflitos gerados pelo sistema jurídico injusto, a acomodar professores, alunos,

²¹ CHAUI, Marilena. *O que é ideologia?* 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 7.

²² *A transição para o Estado Moderno, fundador do sistema capitalista, exigiu uma série de alterações ideológicas para sua instalação e crescimento.* OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Sexismo, misoginia, machismo, homofobia: reflexões sobre o androcentrismo no ensino jurídico. *In: Crítica jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho.* no. 20, jan-jul/2002. p. 257. É ideológico, portanto, acreditar na ausência de ideologia. Essa falsa percepção da realidade, aliás, é fundamental para a perpetuação da dogmática como único saber jurídico.

²³ *O grande desafio é superar visões imediatistas que estão lastreadas, no mínimo, no século XIX, e que amarram os juristas a um mundo coerente internamente, mas que se distancia, cada vez mais, da concretude histórica hoje vivida.* AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do Advogado. *In: OAB Ensino Jurídico: novas diretrizes curriculares.* Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 120.

²⁴ Nesse sentido, ver: MIAILLE, Michel. *op. cit.* pp. 21 e ss.

²⁵ INGENIEROS, José. *O homem medíocre.* trad. por Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain, [s.d.]. p. 80.

juristas e profissionais na vala dos comuns, numa irracional e covarde crença de concórdia absoluta.

A crítica passa a ser, então, um discurso vazio porque não obstante ser propagada é, ao mesmo tempo, rechaçada, pois o problema já foi suficientemente localizado. *O aspecto sonoro basta para esse educador que não sabe o que é a consciência crítica mas trata o conceito como se o conhecesse, pois é óbvio. Dessa forma, não acontece uma barreira aparente no processo de comunicação, mas uma barreira na essência da compreensão – que passa despercebida pelo falante.*²⁶

Ora! Se existe essa obviedade, e se o crítico é, por excelência, contrário ao óbvio, é óbvio (*com escusas pelo solecismo*) que ele será estigmatizado pela maioria! E aqueles que *tentarem ser diferentes, certamente sofrerão estigmatizações. Ora são considerados comunistas, ora são tachados de teóricos, ora de poetas, quando não sofrem ações mais diretas de desestabilização nos escritórios, nas repartições e nas escolas de direito.*²⁷

A prática jurídica, em particular, caracteriza-se por desenhar esse campo simplista no qual seus atores desprezam o conhecimento crítico por acreditarem (*obviedade*) na *certeza* e na *verdade* que julgam presentes no mundo jurídico, reduzido à lei e sua promessa de combate eficaz a uma seletiva anomalia social detectada e escolhida num peculiar contexto social e político, num dado momento da *história*.

É admitir com Roberto Aguiar que *Os juristas vivem um paradoxo: seu cotidiano está marcado pelo contraditório, mas sua ideologia conservadora está sempre reafirmando a harmonia do mundo.*²⁸ Assim, pois, o conflito e a contradição são, apesar de recônditos, irrefutáveis.

Estigmatizado, o pensamento crítico é sufocado e, assim, impedido de suplantar a ideologia que conduz o “saber jurídico” tradicional das escolas de Direito. Por essa sorte de razão, não se sabe, ou não se pretende

²⁶ MELLO, Suely Amaral. Linguagem, consciência e alienação: o óbvio como obstáculo ao desenvolvimento da consciência crítica. São Paulo: Unesp-Marília-Publicações, 2000. p. 75.

²⁷ AGUIAR, Roberto A. R. de. O imaginários dos juristas. Revista de direito alternativo. no. 2, São Paulo: Acadêmica, 1993. pp. 18-19.

²⁸ Idem, *ibidem*. p. 19.

saber, *qual o papel do jurista e qual a função social do seu saber/fazer numa sociedade conflituosa, desigual e em profundas transformações*.²⁹

Sua prática repetidora de “saberes inquestionáveis”, dogmáticos, portanto, reduz sua importância a mero intérprete em busca da descoberta da vontade da lei e do seu criador (legislador). Ele não cria, apenas revela a vontade já pré-existente e indiscutível, pois oriunda de um dogma, a lei.

Os juristas, então, são aliados e jamais opositores ao “dono do poder”. “São sujeitos vicários”³⁰, à medida que apenas substituem ou preenchem a abstração da lei, na busca de sua vontade e, como não poderia ser diferente, o enganado de hoje, será o enganador de amanhã.³¹

Por esse entendimento vesgo, a opacidade da *realidade social* é responsável por disseminar um conhecimento de extrema superficialidade, cuja aparência de profundidade mascara e, portanto, obstaculiza toda possibilidade de crítica. Daí afirmar Cappelletti que *A corrupção das mentes é obtida através da desinformação maciça e da proibição de toda crítica*.³²

A ausência de questionamento adultera a objetividade dos fatos e da necessária intervenção estatal (*jurisdição*) suficientemente capaz de impedir a compreensão do Direito como fenômeno indispensável à essência do ser humano enquanto motriz da vida.

É um saber neutro, asséptico, abstrato e cego, incapaz de compreender que *julgar regras não é a mesma coisa que julgar situações de facto, ‘casos na sua singularidade imediata’ (Hegel)*.³³

²⁹ Com essa moldura de ensino, não se procura *identificar o perfil ideológico prevalecente entre os profissionais das carreiras jurídicas e, com isso, conhecer também qual tipo de influência a ideologia jurídica hegemônica exerce no modo de atuação do profissional do direito*. MACHADO, Antônio Aberto. Ministério público: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 15.

³⁰ A expressão é de Roberto Aguiar em: O imaginários dos juristas. Revista de Direito Alternativo. no. 2, São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 18.

³¹ “E se todos somos enganados, por isso mesmo não somos também enganadores?” NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Humano, demasiado humano: um livro para espírito livres. Trad., Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 10.

³² CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Revista Forense, mar.-abr., 2003. p. 129.

³³ GARAPON, Antoine. Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário. trad. por Pedro Filipe Henriques, Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 18.

A vasta complexidade que envolve todo o saber jurídico é reduzida a uma simplicidade estonteante vocacionada a imunizar o amplo contexto que o compõe das mais variadas vertentes, sociológica, psicológica, econômica etc.

Há, porquanto, uma manipulação do real e, *Quando se manipula, não se procura argumentar, isto é, trocar ideias, mas impô-las.*³⁴ Essa estratégia, por sua vez, é despercebida à maioria. Como bem elucida Breton: *A manipulação apóia-se numa estratégia central, talvez única: a redução mais completa possível da liberdade de o público discutir ou de resistir ao que lhe é proposto.*³⁵

Essa situação de (in)consciência irradia-se pelo campo jurídico e se fortalece na crença de que se está num estado de perfeita harmonia em que a mediocridade, amparada pela vala dos comuns, impede o conhecimento da crise que, abandonada em si mesma, proclama soluções midiáticas com reformas legislativas desprendidas de estudos estatísticos e, portanto, distante da necessidade/realidade social.

É admitir, com Chico Buarque,³⁶ que às vezes é necessário fugir da 'escola' para aprender a lição!

3. LEI NO. 8.429/1992 - A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS NUANCES

O componente ideológico acompanha todo conhecimento científico no campo social – por conseguinte, também na esfera jurídica. A dogmática jurídica, contudo, pretende sustentar o contrário. Na realidade, a dogmática jurídica implica saturação ideológica no conhecimento do direito, um encerramento da possibilidade de um corte epistemológico, uma inércia reflexiva, uma falta de interesse

³⁴ BRETON, Philippe. A manipulação da palavra. trad. por Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1999. p. 21.

³⁵ *Essa estratégia deve ser invisível, já que seu desvelamento indicaria a existência de uma tentativa de manipulação. Não se trata tanto do fato de haver uma estratégia, um cálculo, que especifica a manipulação quanto de sua dissimulação aos olhos do público. Por conseguinte, os métodos de manipulação avançam mascarados.* Idem, ibidem. p. 20.

³⁶ *Mas tive que fugir da escola pra aprender a lição.* CHICO BUARQUE. Meu refrão. 1965.

*na mudança – enfim, o conformismo dos satisfeitos e a ausência de crítica por parte dos juristas.*³⁷

Desnecessário dizer que a promulgação da Constituição Federal de 1988 exigiu uma postura ativa do Congresso Nacional para adequar a legislação ordinária às normas programáticas nela prevista. A Lei no. 8.429/1992, denominada de improbidade administrativa, teve, como primeira incumbência, regulamentar a matéria prevista no parágrafo 4o., do artigo 37 da CF, adstrita a probidade administrativa.

Contudo, a prudência que se espera existir em todo processo de produção legislativa, notadamente no caso em espécie, haja vista a gravidade das penas a serem aplicadas aos considerados “culpados”, não foi observada.

Pelo contrário, os autores - ou *atores* - viram uma oportunidade de dar vazio a um populismo sem precedentes e, assim, de ficar conhecidos na *história* política como os precursores de um sistema eficaz de combate a corrupção. Não por outra razão, o *slogan* da campanha presidencial à época era o de *caçador de marajás*.

Apesar das advertências de alguns parlamentares, como o fez NELSON JOBIN, que, na ocasião, preocupado com falta de cautela e com o afogadilho que a referida Lei de Improbidade estava sendo gestada, sob o clamor popular por combate à corrupção a todo custo, expressou:

*Precisamos ter muita cautela, pois há uma tendência muito grande, tendo em vista a situação de corrupção do País, de se criar instrumentos tipicamente policialesco na fiscalização da atividade pública. Devemos ter muita cautela, repito, com os efeitos que isto possa produzir. Clamo a atenção do Relator para o Substituto do Senado, que cria uma situação curiosa.*³⁸

Em outra oportunidade, o então deputado voltou a advertir:

³⁷ WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). A crise do direito numa sociedade em mudança. Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 32.

³⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 34a. Sessão da 2a. Seção Legislativa da 49a. Legislatura, 02 abr. 1992. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdfDCD03ABRI1992.pdf=65>>. Acesso em 29 mar. 2016.

Sr. Presidente, gostaria de dizer à Casa e às Lideranças, seguindo a mesma linha das ponderações do Deputado Helio Bicudo, que este texto requer meditação, não obstante nos encontrarmos num momento regimental que nos forçaria eventualmente à votação, salvo deliberação unânime das Lideranças e a aquiescência de V. Exa. Requer meditação, para que passemos equivocadamente a entender que o rigorismo da legislação penal vai resolver problemas de improbidade administrativa. Pelo contrário, o rigorismo da legislação penal impede a aplicação da lei e alimenta o processo. [...] para que meditem e retirem essa matéria de pauta, afim de que possamos construir uma solução que seja adequada ao sistema constitucional e que não venhamos a cair nesse terror aberrante da busca da culpa. Estamos transformando nesse caso um procedimento penal num processo inquisitorial em que só se encontram culpados e pecadores e não se encontra a presunção de inocência que é a regra no sistema democrático.³⁹

A sábia ponderação, contudo, não foi suficiente para que houvesse mais maturação e responsabilidade na votação da referida Lei de Improbidade. Os congressistas esqueceram, dentre outras, a lição de MONTESQUIEU, segundo a qual deve-se evitar que o espírito enfurecido e revoltado faça com que a lei, criada para converter a sociedade, sirva apenas para torná-la mais culpada.⁴⁰

Não se concebe tergiversar com direitos fundamentais, conquistados com muita luta e a custo de vidas. Mesmo em regime de exceção, os sóbrios alertavam que *Nas horas supremas, é forçoso que se reconheça, os juízes da democracia dominam os delírios da violência pela supremacia do ordenamento jurídico, na manutenção dos direitos assegurados à vivência humana.* Palavras proferidas em abril de 1964 pelo então Presidente do STF, Min. Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa.⁴¹

³⁹ Idem. *Ibidem*.

⁴⁰ MONTESQUIEU. *Lettres persanes, oeuvres completes*. Paris: Éditions du Seuil. p. 79. *apud* FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm> Acesso em 30 mar. 2016.

⁴¹ VALE, Osvaldo Trigueiro do Vale. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública - Fundação Getúlio Vargas, 1975.

Merece ser revivida a afirmação encontrada nas centenárias preleções orais de BASÍLIO ALBERTO SOUZA PINTO, lente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, adaptadas às Instituições de Direito Criminal de Mello Freire, com redação de Francisco de Albuquerque e Logo Dias de Carvalho:

*Quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova. É esta uma das proposições que mais deve ter-se em vista na jurisprudência criminal.*⁴²

Na mesma senda, a advertência feita por RUI BARBOSA:

*Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas [...].*⁴³

São preocupações que, infelizmente, não mereceram a atenção devida quando da elaboração da Lei de Improbidade. Aliás, pelo contrário, sua origem é envolta de suspeitas e acusações nada convencionais, ao ponto de o Ministro GILMAR MENDES, no julgamento da Reclamação 4.810-1/RJ, asseverar enfaticamente:

*Infelizmente, como já assinaiei em voto na ADI no. 2.797, a história da ação de improbidade – nós o sabemos bem – constitui também uma história de improbidades.*⁴⁴

Seladas essas premissas, os contornos da Lei de Improbidade e da respectiva ação passaram a ser depositados na interpretação jurisprudencial, fruto do trabalho da doutrina e da prática forense.

4. O INTÉRPRETE: SEGUNDO RESPONSÁVEL

Sendo a lei apenas uma etapa necessária na construção do Direito, a interpretação que dela se extrai adquire capital importância no cenário

⁴² ALBUQUERQUE, Francisco de; CARVALHO, Logo Dias de. Lições de direito criminal, tipografia União, Pernambuco, 1.847. p. 89.

⁴³ BARBOSA, Rui. Novos discursos e conferências. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 75.

⁴⁴ Sua palavras na ADIN 2.797/DF foram: *Como se vê, essa enumeração, meramente exemplificativa, indica que o uso da ação de improbidade, no Brasil, tem uma história de improbidade e de improbidades.* STF, ADIN 2.797/DF, pag. 380.

jurídico. Em outras palavras, a responsabilidade pela construção do Direito não é só do Parlamento. Recai, também, sobre o juiz.

Não por outra razão afirmam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO que *Se texto e norma não se confundem, é preciso uma conjugação de esforços entre o legislador, o juiz e o professor para que os textos adquiram significados normativos.*⁴⁵

Talvez uma das maiores relevâncias do constitucionalismo é a admissão de que o *Judiciário trabalha ao lado do Legislativo para a frutificação do direito.*⁴⁶ A teoria da interpretação é responsável por *atribuir sentido ao direito mediante razões idôneas, desenvolvendo-o de acordo com a evolução da sociedade. A decisão interpretativa é autônoma em face do texto, evidenciando com clareza a participação do Judiciário na formulação do direito. As decisões judiciais conseqüentemente inserem-se na ordem jurídica, constituindo-se o direito que regula a vida em sociedade e pauta os julgados dos juízes e tribunais.*⁴⁷

As peculiaridades da Lei de Improbidade, principalmente por tratar de temas tão caros aos cidadãos que, enquanto sujeitos de direito, são merecedores da mais genuína tutela jurídica, requer uma especial atenção quanto a sua aplicação/interpretação.

A acusação de ímprobo, em si e por si, já é motivo de preocupação. No entanto, as penas cominadas, dentre elas, perda da função pública e inelegibilidade, são sanções que implicam diretamente na vida do cidadão, afetando-o no que ele tem de mais sagrado depois da liberdade, sua identidade moral.

Na ação de improbidade esse patrimônio inviolável do cidadão fica exposto e passível a toda sorte de violação, cujo dano é irreparável. Como afirmam o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e Mariana Costa

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 868.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 18.

⁴⁷ Idem. Ibidem. p. 44.

de Oliveira, essas ofensas *não são passíveis de reparação, mesmo quando o injustamente imputado vem a ser, tempos depois, absolvido*.⁴⁸

Apesar dos esforços de muitos juristas e julgadores para fixar o caráter jurídico da ação de improbidade como sendo *estritamente cível*, bem o sabemos, que, em verdade, ela é recheada de conteúdo penal, cujas sanções são típicas do Direito Penal.⁴⁹

A forma pouco ortodoxa em que foi gestada a legislação em comento, acrescida da sensibilidade da matéria por ela tratada, são, no nosso sentir, motivos a exigir cautela e o máximo respeito e proteção às garantias constitucionais e processuais dos acusados.

A esperança, pois, pela construção desse Direito responsável, está depositada no Judiciário, no momento em que, pela sua interpretação/aplicação, dará sua imprescindível contribuição, atribuindo *sentido ao Direito*.

Contudo, o que se tem visto é exatamente o contrário. Sob uma generalidade de argumentos, todos voltados para o que se convencionou denominar de *interesse da coletividade*, os direitos dos acusados de ímprobos são mitigados a tal ponto que a desproporção entre acusação e defesa causa um hiato em termos de tutela jurídica, cuja prática tem demonstrado que, nessas ações, *a defesa* constitui um ato meramente formal.

A interpretação hermenêutica, necessária para depurar as impropriedades da lei, está servindo para embrutecer ainda mais os seus rigores e os seus vícios de origem.

Para ficarmos em apenas um exemplo, pois, a natureza desse trabalho não nos permite uma análise mais acurada da *interpretação* da Lei de Improbidade como um todo, apontaremos a criação jurisprudencial da denominada *tutela da evidência* que permite a indisponibilidade de

⁴⁸ MAIA FILHO, Napoleão Nunes; OLIVEIRA, Mariana Costa de. Direito sancionador: quatro temas das garantias do acusado na ação de improbidade administrativa (lei 8.429/92). Fortaleza: Impreco, 2015. p. 22.

⁴⁹ A esse respeito, afirma TOURINHO FILHO: *...porquanto as sanções cominadas às condutas ali enunciadas são eminentemente penais, e, às vezes, as próprias condutas descritas naquele diploma são uma repetição de outras tipificadas no Código Penal*. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. vol. 2., 31 ed., São Paulo, Saraiva, 2009. p. 166.

bens dos réus, sem a mínima demonstração de ser ela necessária para aquele caso específico, ou seja, sem que o requerente comprove perigo na demora.

5. INTERPRETAÇÃO ADEQUADA: COMPROMISSO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sendo a teoria da interpretação responsável pela *frutificação do direito*, ao extrair da lei a norma, ou as normas, que irá dar sentido ao Direito, terá o intérprete, inexoravelmente, que expressar os valores constitucionais envolvidos, distinguindo adequadamente a relevância do direito material discutido. Em outras palavras, o julgamento de uma ação indenizatória não pode ter a mesma dimensão da condenação por improbidade.

É preciso considerar que *declarar* por sentença um cidadão de ímprobo, inidôneo, constitui uma medida extrema. Como bem ressaltam Napoleão Nunes Maia Filho e Mariana Costa de Oliveira, *qualquer promoção sancionadora produz imediatamente um desgaste emocional profundo no espírito do imputado, reduzindo abruptamente a sua autoestima e lhe infundindo receios que geram desconforto e infelicidade*.⁵⁰

A responsabilidade é inerente à atividade interpretativa. Por isso, *O envolvimento dos julgadores nesse compromisso surge como preciosa característica do processo interpretativo judicial e expressa, sobretudo, a superior atuação do juiz, ora sob a forma de garantias da jurisdição, ora sob a forma de garantias do jurisdicionado*.⁵¹

Todo processo cujo resultado pode cominar na aplicação de pena, em restrições de direitos fundamentais, exige interpretação garantista como forma de controlar o poder acusatório. Nem um outro interesse pode suplantar a esse.

Em casos como o da Lei de Improbidade em que se sabe de antemão que fora elaborada de modo casuístico e sem a prudência necessária, ao extrair dela a norma a ser seguida, deverá o intérprete se acercar das garantias constitucionais e processuais para que o direito do cidadão

⁵⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes; OLIVEIRA, Mariana Costa de. *Op. cit.* p. 27.

⁵¹ Idem. *Ibidem.* pp. 27-28.

não sofra duplo ataque, o da origem - elaboração de lei - e o do fim - interpretação construtiva.

5.1 NÃO SE COMBATE IMPROBIDADE (SÓ) NEGANDO DIREITOS

O comprometimento ideológico existente em toda e qualquer decisão não pode permitir o *retrocesso*. Nem o decantado interesse público é suficiente para fundamentar interpretações lançadas à contramão da história de luta por conquistas de direitos fundamentais. Custa caro, por exemplo, ouvir dizer que, se a prova da acusação for fraca, caberá ao acusado fazer prova da sua inocência.

No caso específico do combate à improbidade, desencadeou-se uma luta do *Bem* contra o *Mal*. No entanto, da necessidade de se evidenciar o *respeito à moralidade*, temos visto, em larga escala, sacrifícios às garantias constitucionais. Recentemente, no site do STJ, noticiou-se: *Decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade não exige demonstração de dano*. Essa foi a conclusão a que, por maioria, chegou a Primeira Seção do STJ.

*A Seção entendeu que o periculum in mora é presumido em lei, em razão da gravidade do ato e da necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público em caso de condenação, não sendo necessária a demonstração do risco de dano irreparável para se conceder a medida cautelar.*⁵²

Desta forma, toda ação de improbidade já começará com o decreto de indisponibilidade de bens dos acusados, já que, em regra, seu deferimento ocorre sem a oitiva da parte contrária. Antes mesmo da defesa preliminar que, aliás, muitos julgadores nem permitem, por entendê-la incabível, apesar da previsão expressa no art. 17, § 7o. da Lei no. 8.429/1992, a medida extrema será decretada.

O argumento de que *a medida cautelar de indisponibilidade de bens prevista no art. 7o. da LIA não é uma medida de urgência, mas tutela de evidência e que por isso prescinde da demonstração do perigo de dano*⁵³,

⁵² AÇÃO de improbidade. Risco de dano é desnecessário para bloquear bens. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-12/risco-dano-acao-improbidade-desnecessario-bloquear-bens> Acesso em 04 de abr. 2016.

⁵³ STJ. Recurso Especial no. 1.319.515/ES (Processo Judicial no. 2012/0071028-0).

contraria a natureza, o sentido das tutelas de urgência, que têm como espécies a cautelar e a tutela antecipatória, sendo que esta pode ser prestada, também, se evidente o direito da parte.

Em outras palavras, a medida de indisponibilidade de bens ou é considerada cautelar ou tutela antecipada. A primeira, a cautelar, tem natureza instrumental na exata medida em que foi pensada para servir a uma tutela final, ou seja, acautelam-se do risco do perecimento *peçoas, provas* ou *coisas* para, no final, se procedente o pedido da parte, o bem discutido no processo esteja protegido e em condições de ser entregue ao vencedor. Por isso, é imprescindível a prova não só do *fumus boni iuris*, mas também e principalmente, do perigo de dano.

Enquanto a segunda, a tutela antecipada, é despida de instrumentalidade. Ela não tem o compromisso de assegurar o resultado útil do processo. Pelo contrário. A urgência do direito material controvertido não suporta o tempo do processo – *periculum in mora* – e, assim, o mérito da causa, o bem discutido em juízo, tem de ser antecipadamente entregue para a parte.

Na tutela da evidência, por sua vez, que é espécie de tutela antecipada, ocorre o mesmo. O direito controvertido, ante a evidência da sua titularidade, é entregue à parte na qualidade de procedência do pedido. Esclarece LUIZ GUILHERME MARINONI que *Essa modalidade de tutela antecipatória é relacionada à evidência do direito, e por isso somente pode ser concedida quando não é mais preciso a produção de prova para elucidar a matéria por ela abordada.*⁵⁴

Assim, *fumus boni iuris* jamais pode ser considerado tutela da evidência. Se o for, o direito terá de ser antecipado, satisfeito. Na LIA, portanto, e em qualquer outra relação de direito processual, tutela da evidência é prestada pela técnica antecipatória e não acautelatória. Agora, a pergunta que não pode deixar de ser feita: na ação de improbidade o juiz, com base no *fumus*, fumaça, portanto, poderá antecipar o pedido do Ministério Público, satisfazendo sua pretensão?

É um pouco mais do que evidente que não. Só se voltarmos naquele passado em que não existiam garantias constitucionais e processuais, cuja interpretação da lei, ao invés de limitar o Poder, concedia-lhe mais

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 473.

força e arbítrio em detrimento do jurisdicionado, sob a especiosa capa do hermetismo de servir ao bem comum.

A indisponibilidade de bens é uma medida odiosa e, como bem salientou o Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, *é a morte civil do cidadão*⁵⁵, não podendo, então, ser corolário de presunção legal, mas, ao contrário, somente se demonstrar imprescindível naquele caso específico e por tempo determinado, ou seja, enquanto perdurar o perigo de dano, pois, trata-se de medida cautelar marcada pela temporalidade.

Sendo a tutela da evidência uma técnica antecipatória para satisfazer direito, não pode ser transvestida de cautelar e, muito menos, sem que se obedeça os requisitos da cautelaridade.

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, no seu artigo 311, elenca os casos permissivos da tutela da evidência. Além de deixar claro tratar-se de uma medida satisfativa, toda sua técnica é desenvolvida a partir da defesa apresentada pelo réu.

Não se concebe, pois, como prevalecer a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Primeiro porque confunde técnica antecipatória com cautelar; segundo, porque seu deferimento, em regra, ocorre sem a oitiva da parte contrária. O julgador, no caso, contenta-se apenas com a *evidência* do direito do autor, não se preocupando com a defesa do réu.

Acontece que, bem vistas as coisas, a *evidência* do direito do autor só emerge com a presença da defesa do réu. É em razão dela que o julgador poderá concluir pela evidência do direito carente de tutela.

Nem mesmo os incisos II e III, do artigo 311 do Código de Processo Civil salvam, data vênia, a equivocada interpretação. É que, nesses casos, a autorização do deferimento da tutela da evidência, além de ser técnica antecipatória e, por óbvio, não cautelar, só podem ser deferidas sem a oitiva da parte contrária, portanto, sem defesa do réu, se houver precedente dos tribunais superiores,⁵⁶ hipótese do inc. II, ou, no caso



⁵⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Improbidade administrativa. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na lei 8.429, de 1992. 1a. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001. p. 162/163.

⁵⁶ É o que afirmam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO. *In*: Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 322.

de contrato de depósito, inc. III. *Nos demais casos a concessão da tutela da evidência só pode ocorrer depois da contestação.*⁵⁷

A medida odiosa de indisponibilidade de bens, além de não requerer a técnica antecipatória, também não se enquadra em nenhum dos incisos acima citados. Ou seja, nem excepcionalmente é possível sustentar seu cabimento.

O que se tem, então, é uma interpretação à margem das garantias constitucionais e processuais, possibilitando constrições seríssimas a direitos da parte, em momento anterior ao próprio recebimento da ação, ou seja, tecnicamente ainda sem processo, antes da devida angularidade processual.

Não se combate criminalidade ou improbidade com sonegação de direitos, ainda que se alegue ser benéfico à sociedade. Importante à sociedade é a segurança num ordenamento jurídico que propicie limites ao Poder, seja em prol de um ou de todos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se desconhece o empenho do Judiciário, notadamente suas Cortes Superiores, pela busca de um Direito que seja o espelho da promessa constitucional. Aquele tempo de inércia, ao que parece, ficou no passado.⁵⁸ A abertura política a qual o Brasil se viu submetido a partir de 1985 e, principalmente, após (ou com) a promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988, vocacionada a construir uma sociedade livre, justa e solidária,⁵⁹ exige uma legislação ordinária (processual e material) apta e conformada com as normas constitucionais e, por via oblíqua, também uma prática jurídica condizente com o novo plano jurídico-político (*econômico e social*).

⁵⁷ Idem. Ibidem. p. 323.

⁵⁸ Sobre a atuação do judiciário antes e após a constituição de 1988, ver o que escrevemos no texto o poder do juiz ontem e hoje. PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. O poder do juiz: ontem e hoje. Revista AJURIS. vol. 104, 2006. pp. 19-33.

⁵⁹ O art. 3o. da CRFB assevera: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Acentuada a crise⁶⁰ do sistema judiciário que *sempre fora tido como um poder com funções clássicas de manutenção do status quo político, jurídico, social, econômico e cultural*⁶¹ em confronto com a nova perspectiva assumida e prometida pelo Estado Constitucional urge, então, assumir de vez uma postura crítica frente ao modelo jurídico que nos foi forjado pelos detentores do poder econômico e político num determinado momento da história.

Neste mister, é imprescindível buscar amparo junto ao método dialético, no sentido marxista, ou seja, “processo de descrição exata do real” para neutralizar a ideologia envolta no sistema (legal e educacional), com condições de averiguar a forma ideal de se cumprir os comandos normativos da Constituição da República, erigidos a *status* de direitos fundamentais do cidadão.

Nesta perspectiva, será possível superar os mais variados mitos existentes no cenário jurídico e a vislumbrar um horizonte além da floresta, apesar das árvores. A visão do todo, acredita-se, contribuirá para a exata compreensão do particular, sempre visando “*construir pontes e não levantar muros*”.

Não significa, em absoluto, distanciamento ou indiferença com a questão real da corrupção. Pelo contrário, é o necessário aparelhamento dos princípios constitucionais do artigo 37, § 4o. da CF, com a garantia de que toda acusação será realizada sob um procedimento que permita ao réu proteger sua dignidade adequadamente.

Para que a ação de improbidade tenha um resultado efetivo, não há necessidade de supervalorizar um polo da demanda em detrimento do outro. Esse desequilíbrio acaba por banalizá-la e a deixar, na mesma vala, *legislador e intérprete*.

⁶⁰ A bem da verdade, nem se pode acusá-lo de crise, pois ele foi pensado dessa forma e, assim, cumpre bem o seu papel. Amilton Bueno de Carvalho explicita: [...] *não há interesse que o Judiciário funcione (aliás, ele funciona porque o que é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona)*. CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e direito alternativo. 5. ed., Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 94.

⁶¹ MACHADO, Antônio Aberto. *op. cit.* p. 20.

REFERÊNCIAS

AÇÃO de improbidade. Risco de dano é desnecessário para bloquear bens. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-12/risco-dano-acao-improbidade-desnecessario-bloquear-bens> Acesso em 04 de abr. 2016.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos. trad. Por Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do Advogado. *In*: OAB Ensino Jurídico: novas diretrizes curriculares. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

_____. O imaginários dos juristas. Revista de Direito Alternativo. no. 2, São Paulo: Acadêmica, 1993.

ALBUQUERQUE, Francisco de; CARVALHO, Logo Dias de. Lições de direito criminal, tipografia União, Pernambuco, 1.847.

ARNAUD, André-Jean. O direito traído pela filosofia. trad. por Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

BARBOSA, Rui. Novos discursos e conferências. São Paulo: Saraiva, 1933.

BRETON, Philippe. A manipulação da palavra. trad. por Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

BUARQUE, Chico. Meu refrão. 1965.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, 34a. Sessão da 2a. Seção Legislativa da 49a. Legislatura, 02 abr. 1992. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdfDCD03ABRI1992.pdf=65>>. Acesso em 29 mar. 2016.

CAPPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Revista Forense, mar.-abr., 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Reformas penais em debate. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e direito alternativo. 5. ed., Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia? 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Brasiliense, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sonhocídio: Estragos neoliberais no ensino do direito ou “La búsqueda del banquete perdido”, como diria Enrique Marí. *In: Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política. Filosofia y Derecho.* no. 21, jul-dez/2002.

CRUET, Jean. A vida do direito e a inutilidade das leis. 3 ed., CL Edijur: Leme/SP, 2008.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. trad. por Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARAPON, Antoine. Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário. trad. por Pedro Filipe Henriques, Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GERHARDT, Luiza Maria. *In: Educação Porto Alegre – RS*, ano XXVIII, no. 1 (55), p. 143 – 154, Jan./Abr. 2005.

INGENIEROS, José. O homem medíocre. trad. por Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain, [s.d.].

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Improbidade administrativa. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na lei 8.429, de 1992. 1a. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

MACHADO, Antônio Aberto. Ministério público: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; OLIVEIRA, Mariana Costa de. Direito sancionador: quatro temas das garantias do acusado na ação de improbidade administrativa (lei 8.429/92). Fortaleza: Imprece, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Suely Amaral. Linguagem, consciência e alienação: o óbvio como obstáculo ao desenvolvimento da consciência crítica. São Paulo: Unesp-Marília-Publicações, 2000.

MIAILLE, Michael. Introdução crítica ao direito. 2 ed., trad. por Ana Prata, Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONTEAGUDO, Ricardo. Entre o direito e a história: a concepção do legislador em Rousseau. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

MONTESQUIEU. Lettres persanes, oeuvres completes. Paris: Éditions du Seuil. p. 79. *apud* FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm> Acesso em 30 mar. 2016.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Humano, demasiado humano: um livro para espírito livres. Trad., Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Sexismo, misoginia, machismo, homofobia: reflexões sobre o androcentrismo no ensino jurídico. *In: Critica jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofia y derecho.* no. 20, jan-jul/2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista AJURIS.* vol. 104, 2006. pp. 19-33.

POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. trad. por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

STJ. Recurso Especial no. 1.319.515/ES (Processo Judicial no. 2012/0071028-0).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. vol. 2., 31 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

VALE, Osvaldo Trigueiro do Vale. O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública - Fundação Getúlio Vargas, 1975.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). A crise do direito numa sociedade em mudança. Editora Universidade de Brasília, 1988.

ENSAIO SOBRE A COAÇÃO INSTRUMENTAL DOS CONTROLADORES E A AÇÃO BUCROCRÁTICA DEFENSIVA

*Bruno Meyerhof Salama**

*Juliana Bonacorsi de Palma***

Há hoje muita conversa sobre os desmandos da Administração. O assunto é da ordem do dia e suscita posicionamentos tão díspares quanto emocionais. Traduzem, em grande medida, a visão de mundo sobre o papel das instituições públicas e qual seria o melhor modo de a burocracia estatal se relacionar com seus controladores, notadamente o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Mais ou menos margem de liberdade para que os agentes públicos atuem. Maiores ou menores margens de controle da ação administrativa. É isso o que está em disputa.

A nossa reflexão parte do pressuposto de que hoje a falta de confiança nos administradores tem levado à sensível redução da margem de ação pública e à ampliação desmedida do controle.

É fundamental a um Estado de Direito a existência de mecanismos de controle da ação administrativa, especialmente quando prerrogativas públicas são conferidas ao Poder Público. A efetiva garantia dos direitos dos cidadãos frente à Administração pressupõe a estruturação de um sistema de controle capaz de afastar ilegalidades ao mesmo tempo em que sinalize os padrões de comportamento regulares ao Poder Público quando do exercício de suas competências. O controle, portanto, não é um fim em si mesmo, mas um ferramental que contribui ao aprimoramento das relações entre Poder Público e particulares, galgado em juridicidade, previsibilidade e segurança jurídica. O problema se coloca, porém, quando há um desnível entre controle e liberdade de ação administrativa.

(*) Professor Associado, FGV Direito SP. Diretor do Núcleo de Direito, Economia e Governança (NDEG). Coordenador do Grupo de Estudos das Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP). Doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley.

(**) Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School. Professora da FGV Direito SP-GVLaw, da Faculdade de Direito da USJT e da SBDP. Pesquisadora.

Quando a liberdade de ação administrativa se engrandece a patamares muito elevados, o controle se mostra inócuo. É o que se verificou no contexto do regime militar, em que a junta militar alocada na máquina burocrática do Estado passou a reter parcelas de poder antes pertencentes ao Legislativo e ao Judiciário. Não por acaso, parte do projeto militar correspondeu ao enfraquecimento das instituições de controle. É simbólico e até hoje lembrado por todos o ato de aposentadoria compulsória dos Ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva do Supremo Tribunal Federal em 1969. Quanto mais a balança se desequilibra e pende para a liberdade de ação administrativa, mais nos aproximamos de um Estado ditatorial.

A solução óbvia seria, então, o aumento do controle. Mais controle, mais democracia, mais eficiência. Será mesmo? Não necessariamente. Quando a balança se desequilibra e pende para o controle em excesso, temos um cenário de deslocamento de competências administrativas para os controladores, os quais passam a exercê-las como se gestores públicos fossem. Exatamente porque os controladores não são eleitos, coloca-se também um problema de legitimidade das decisões de políticas públicas, dispêndio orçamentário, organização administrativa, regulação, fomento e qualquer outra manifestação da função pública. Ainda, corre-se o risco de a Administração Pública se tornar refém dos controladores, de tal modo que a preferência da interpretação de uma norma tipicamente de direito administrativo passaria a ser dos controladores; toda e qualquer interpretação discrepante, ainda que legal, seria extirpada do sistema. A Administração é paralisada. Alguns dirão que se trataria de um tipo ditadura, ainda que com aparência de legalidade porque estruturada no âmbito da burocracia judicial. É um pouco de exagero, mas não é de todo falso.

Ao ponto ótimo da relação entre liberdade de ação administrativa e controle corresponde damos o nome de “equilíbrio”. Elegeu a Assembleia Nacional Constituinte o equilíbrio entre os Poderes em seu art. 2o. ao determinar que Executivo, Legislativo e Judiciário são todos Poderes independentes e harmônicos entre si. O fiel da balança é a relação paritária entre liberdade de ação administrativa e controle.

A recente história brasileira aponta para o desbalanceamento da relação entre liberdade de ação administrativa e controle, muito por conta do amadurecimento institucional do Estado brasileiro, ainda um

Estado em infundável transição política. Reportados midiaticamente e recebidos com clamor por grande parcela da população brasileira, os casos de corrupção no âmbito do Poder Público invertem a lógica da presunção de legitimidade da ação administrativa¹. Juntamente com a visão sedimentada do Executivo como o locus da ditadura militar, o legado ditatorial, iniciativas inovadoras e que envolvam riscos são de um modo geral presumidas como ilegais.

É como se diz: *onde há fumaça há fogo*. E, logo, as instituições de controle sentem-se mais guarnecidas para exercer os instrumentos de controle apenas para a verificação da legalidade, e não para a apuração de responsabilidade diante de provas mais robustas e fatos certos. Instauram inquéritos civis, propõem ações civis públicas e ações de improbidade administrativa – em que o agente público responde pessoalmente – e concedem liminares. Esquecem-se que não é a condenação que amedronta o gestor público. A simples figuração no pólo passivo processual sob a acusação de desvios, ilegalidades e favorecimentos, os quais serão apuradas no curso de processo, já impacta fortemente o comportamento desses gestores. Novamente uma máxima: *quem não deve não teme*.

Chamemos de *coação instrumental* essa tática de emprego das ferramentas processuais pela presunção de ilegitimidade simplesmente porque a ação administrativa destoa do padrão decisório (é inovadora) ou porque o gestor sai do lugar comum para modelar uma decisão potencialmente melhor à satisfação das finalidades públicas (o gestor toma riscos). Os exemplos recolhidos na prática pública são diversos.

É o caso da celebração de termo de ajustamento de conduta, porque o arranjo de determinado contrato é complexo. Não raro, o conteúdo do acordo é unilateralmente definido pelo Ministério Público que apresenta apenas duas opções ao gestor público: ou celebra o TAC tal qual lhe é apresentado, ou se resigna a responder ação civil pública ou ação de improbidade administrativa. Na mesma toada, a instauração de processos administrativos disciplinares contra gestores que concedem licenças com rapidez sob a suspeita de conluio com o requerente.

¹ Qualquer doutrina de direito administrativo no Brasil faz alusão à presunção de legitimidade da atividade administrativa. ODETE MEDAUAR, por exemplo, alça esse pressuposto de compreensão da função pública como um verdadeiro princípio da Administração Pública. Cf. *Direito Administrativo Moderno*, 19a. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 23.

Outro exemplo bastante recorrente corresponde ao ajuizamento de ações civis públicas de improbidade administrativa² contra agentes públicos que tenham uma interpretação diferente da dos controladores, ainda que jurídica e logicamente válida. Nessa linha vai o controle prévio dos editais de licitação pelo Tribunal de Contas pelo simples fato de serem concorrências de alta monta. Igual efeito tem a oitiva e a prestação de esclarecimentos sem a prévia instauração de processo, pois alguém, não importa quem, “denunciou” o agente público. Enfim, “onde há fumaça há fogo” e “quem não deve não teme”.

Todos esses são exemplos de coação instrumental. Em comum, verifica-se o exercício de mecanismos processuais com base em suspeitas e conjecturas, sem maior embasamento fático ou probatório. Afinal, é a presunção de ilegitimidade o que impulsiona determinados controladores a usarem os instrumentos processuais de sua competência sobre a Administração sem suficiente embasamento para tanto. O problema está na chave perversa que a presunção de ilegitimidade da ação administrativa acarreta em que o gestor público deve a todo momento demonstrar que estava de boa-fé, atuando com lisura, dentro dos padrões éticos administrativos e, acima de tudo, sob o império da lei. Conseqüentemente, o agente público receia inovar, tomar riscos, utilizar dinâmicas privadas e apresentar soluções criativas para tornar a sua ação eficiente.

A coação instrumental é disfuncional e arbitrária. Por um lado, ela desconsidera os *custos econômicos* atrelados ao controle. Custos diversos – e substanciais – são contabilizados quando o controlador exerce seus instrumentos de ação. Os mais perceptíveis são as custas processuais e o custo de movimentação do aparato judicial. Porém, à conta devem ser acrescidos o custo de oportunidade do gestor público, que deixa de exercer a sua atividade-fim para responder às provocações voluntaristas do controlador, bem como os custos de manutenção do aparato burocrático de controle, cada vez mais inchado com o aumento da judicialização envolvendo a Administração Pública.

² A “ação civil pública de improbidade administrativa” não tem origem legal, mas se trata de uma construção operacional do Ministério Público a partir da conjunção da Lei da Ação Civil Pública (Lei no. 7.347/85) e da Ação de Improbidade Administrativa (Lei no. 8.429/92). Desse modo, evidencia-se como a aposta no controle no Brasil legitimou até mesmo a criação de um super processo judicial pela junção de duas leis em uma mesma medida, inda que sem base legal específica.

Por outro lado, a coação instrumental desconsidera os *custos de gestão* decorrentes da paralisação dos gestores frente à ameaça processual dos controladores que veem com desconfiança as inovações e as decisões de risco na esfera administrativa. Engana-se quem reconhece apenas na sanção o efeito simbólico de restrição de comportamentos. A coação instrumental é por si só suficiente para condicionar o comportamento dos gestores, como já analisado.

Ponha-se na posição de um agente bem-intencionado que, para economizar recursos públicos, determina no edital de licitação de um certo produto que o mesmo deve apresentar um componente que aumenta a sua vida útil em 25% ao custo de 15% a maior. No longo prazo verifica-se economia de recursos públicos. No curto prazo, porém, esta pode não ser compreendida como a proposta mais vantajosa, que atenda aos critérios de economicidade e eficiência estipulados no art. 70 da Constituição Federal. Instaura-se processo administrativo para verificar por que o gestor público tomou tal decisão, se não é da praxe da repartição.

Estaria esse agente público agindo de boa-fé, ou teria ele um acerto “por fora” com a empresa que dispõe desse componente especial em seu produto? Seria o custo realmente 15% a maior ou 5% a maior? Quem se beneficiaria da margem de 10%? Depois dessa experiência, se o gestor ainda permanecer no serviço público, ele certamente passará a licitar com estrita observância do critério do menor preço, ainda que o resultado final da licitação se mostre mais oneroso no longo prazo. É a *ação burocrática defensiva* que prevalecerá.

No Brasil, a desconfiança da Administração Pública é histórica³. A despeito de a Assembleia Nacional Constituinte não ter um projeto acerca do controle da Administração Pública, da leitura dos Anais da Constituinte depreende-se o depósito de confiança em determinadas instituições em detrimento de outras. Assim se verificou com as instituições de controle, notadamente o Judiciário e o Ministério Público, que se sagraram como os grandes vitoriosos do processo constituinte.

³ Também o é em outros sistemas jurídicos, como nos Estados Unidos da América, cuja Constituição foi moldada com base na desconfiança da burocracia pública, tendo em vista a influência do *Whiggism* do sistema inglês, profundamente refratário ao Poder Público e favorável ao Legislativo. Cf. SCOTT SHAPIRO, *Legality*, Harvard Press, 2011, p. 312 e ss.

Ineditamente o Ministério Público recebeu autonomia institucional, uma peculiaridade genuinamente brasileira⁴. Por sua vez, a construção do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5o., inc. XXXV, denota a forte credibilidade que o Judiciário dispunha junto à Assembleia Nacional Constituinte⁵. O fenômeno constitucional⁶ culminou em uma Carta garantista e distributiva. Levou também a um depósito de confiança nas instituições de controle para que fizessem frente ao Poder Público.

A trajetória do Ministério Público é particularmente elucidativa do robustecimento do controle da Administração.

Imbuído do espírito democrático e constitucional, o Legislativo editou a Lei da Ação Civil Pública em 1985 – Lei no. 7.347/85 –, conferindo ao Ministério Público papel fundamental de “fiscal da lei”⁷ e instituição responsável pelo processamento da ação civil pública⁸. Era a *promessa (subscrição)* do movimento constituinte que irradiava no Congresso: seria o Ministério Público a grande instituição de fiscalização do Poder Público. Como lembra CARLOS ARI SUNDFELD, no afã de controlar efetivamente a Administração Pública, a Lei da Ação Civil Pública determinou que os arquivamentos de inquérito civil sejam remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público⁹, uma medida

⁴ Em geral, o Ministério Público encontra-se atrelado ao Ministério da Justiça ou ao Poder Judiciário nos sistemas de direito comparado.

⁵ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Controle Judicial da Administração Pública: um projeto constitucional?* in JOSÉ MAURICIO CONTI (org.), *Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas* (mimeo). Elucidativa é a seguinte passagem da Constituinte: *O controle mais eficaz da atividade do juiz deve ser a própria lei. Além do mais, neste particular, o projeto não faz justiça à Justiça. É preciso lembrar que o Judiciário foi o manto protetor dos direitos civis espezinhados pela ditadura. Sei que alguns juízes se acovardaram e se curvaram perante os caprichos do autoritarismo. Mas foram raras e lamentáveis exceções. É preciso render homenagem à Justiça brasileira pelos serviços que prestou à causa democrática.* Constituinte MANSUETO DE LAVOR, *Ata da Comissão de Sistematização*, p. 805.

⁶ Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, *O Fenômeno Constitucional e suas Três Forças* in *Revista de Direito do Estado*, vol. 21. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁷ Cf. art. 5o., § 1o., da Lei no. 7.347/85.

⁸ A ideia é de CARLOS ARI SUNDFELD. *Direito Administrativo para Céticos*, 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁹ Cf. art. 9o., da Lei no. 7.347/85.

de constrangimento do promotor originariamente responsável pela ação para que dê o devido prosseguimento. Era a aposta constituinte promover uma aliança entre Ministério Público e Judiciário para controle da Administração Pública.

Se a *subscrição* veio com Lei da Ação Civil Pública em 1985, a *integralização* veio posteriormente com a edição da Lei de Improbidade Administrativa – Lei no. 8.429/92. Esta atribuiu ao Ministério Público o controle da legalidade e da moralidade administrativa pelo emprego de instrumentos jurídicos marcadamente fortes. Primeiramente, o Ministério Público encontra-se legitimado a ajuizar ação de improbidade administrativa em face de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.¹⁰ Ao prever a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativo por lesão aos princípios de direito administrativo, como a honestidade e a lealdade às instituições, conforme interpretação dada pelo controlador, a Lei de Improbidade Administrativa fixou um parâmetro fluido para ajuizamento de ações. Passaria a ser suficiente a interpretação do promotor de que o ato em questão ofende qualquer dos princípios da Administração Pública, o que suscita questionamentos legítimos sobre a compatibilidade deste comando com o primado da segurança jurídica.

Ainda, mediante “fundados indícios de responsabilidade”, pode-se requerer ao juízo competente o sequestro de bens¹¹. Também na Lei de Improbidade Administrativa o Ministério Público se apresenta como fiscal da lei, com reforço de que a ausência do *Parquet* na ação de

¹⁰ Art. 11 da Lei no. 8.429/92: *Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei no. 13.019, de 2014); IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei no. 13.146, de 2015).*

¹¹ Cf. art. 16, *caput*, Lei no. 8.429/92.

improbidade administrativa a nulifica¹². Segundo a redação original da Lei, era impedida a celebração de acordos na ação civil pública, previsão esta que foi revogada com a Medida Provisória no. 703/2015, que estabeleceu novo regime aos acordos de leniência da Lei Anticorrupção (Lei no. 12.846/2015).

Como se verifica, tanto a Lei da Ação Civil Pública como a Lei de Improbidade Administrativa trabalham para o fortalecimento do controle da Administração Pública por meio de um desenho processual tanto incisivo quanto favorável à *coação instrumental*. Isso se deve, como já discurremos, pela desconfiança histórica da Administração Pública. Porém, em ambos os casos a conjuntura política que se apresentava à época da edição das leis corroborou para um desenho normativo em que o controle se sobrepõe contundentemente sobre a liberdade de ação pública. Na Lei da Ação Civil Pública, publicada em 1985, era o movimento de democratização vigente à época, contemporânea à Assembleia Nacional Constituinte, que determinou uma redação de maximização dos instrumentos processuais de controle da Administração Pública na medida em que reconhecia nela o ambiente ditatorial. Já a Lei de Improbidade Administrativa foi editada no contexto do caso Collor, razão pela qual novamente foram atribuídos mecanismos processuais que restringem da liberdade de ação administrativa em benefício do controle.

Diante desse cenário, o Judiciário assumiu duas posturas radicalmente diversas. Um primeiro posicionamento, evidenciado sobremaneira na primeira instância, chancelou os poderes processuais atribuídos pelas Leis e acatou as interpretações maximizadoras do controle construídas pelo *Parquet*. Um segundo posicionamento, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, minimizou a extensão do poder de controle para, assim, equalizar a relação entre controle e liberdade de ação administrativa. Assim se verificou, por exemplo, com a jurisprudência consolidada de que as sanções por ato de improbidade administrativa previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/92 não devem obrigatoriamente ser aplicadas em bloco, mas sim pelo crivo da proporcionalidade¹³. Incumbe

¹² Cf. art. 17, § 4o., da Lei no. 8.429/92.

¹³ Há extensa jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria das sanções previstas na Lei no. 8.429/92. Cf. REsp 1.135.767/SP, julgado em 25 de maio de 2010; REsp 1.097.757/RS, julgado em 1º de setembro de 2009; REsp 993.658/SC, julgado em

ao Judiciário resguardar o fiel da balança, como o STJ zelou nas decisões sobre a aplicação da proporcionalidade na dosimetria das sanções.

Note, aqui, que não afirmamos que todo e qualquer mecanismo de controle é voluntarista ou inócuo. O nosso artigo é uma defesa ao controle legítimo. Entendemos que o controle deve ser valorizado para, assim, corroborar com o desenvolvimento das instituições públicas no Brasil, em constante aprendizado institucional. Entendemos que a ampliação das margens do controle é salutar para o combate à corrupção e aos atos ilegais. Inúmeras ações do Ministério Público e do Judiciário são exemplares nesse sentido.

Contudo, não deve o controle ser um impeditivo ao florescimento de inovações e soluções jurídicas que demandam a assunção de riscos no âmbito da Administração Pública. Do contrário, estaríamos diante de confusão sobre o papel das instituições. O deslocamento de competência da esfera administrativa para a instância controladora causa insegurança jurídica e coloca em risco o equilíbrio entre os Poderes, como determina a Constituição Federal. Não cabe ao Ministério Público, por exemplo, formular políticas públicas. Deve, isso sim, estar na vanguarda dos grandes temas, como as recentes operações de combate à corrupção. Desse modo, o Ministério Público aloca de modo mais eficiente seus esforços e orçamento público. Apenas mediante o mútuo respeito entre as instituições, zelando pelo equilíbrio entre liberdade de ação administrativa e controle, que as instituições pública se desenvolvem no Brasil.

2 de outubro de 2009; REsp 1.019.555/SP, julgado em 16 de junho de 2009; REsp 1.025.300/RS, julgado em 17 de fevereiro de 2009; e REsp 794.155/SP, julgado em 22 de agosto de 2006.

REFLEXOS DO NOVO CPC NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Daniel Amorim Assumpção Neves**

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil vem trazendo grande preocupação à maioria dos operadores do Direito. Há muitas alterações, supressões e inovações, e isso gera considerável curiosidade sobre como a prática forense receberá tantas novidades. Há, em especial, um tema ainda mais preocupante: a aplicação do novo diploma legal em procedimentos previstos em legislação extravagante.

Como tímida forma de colaboração ao debate, o presente artigo pretende analisar a aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil à ação de improbidade administrativa, destacando institutos processuais novos ou significativamente modificados pelo novo diploma legal e como eles devem – ou não – ser aplicados em tão importante espécie de ação coletiva.

2. CONEXÃO

Acredito que não exista diferença substancial entre a tutela individual e a tutela coletiva no tocante ao fenômeno processual da conexão. Dessa forma, é possível a existência de conexão entre ações coletivas, que tenham identidade de pedido ou de causa de pedir.¹ Na tutela coletiva, entretanto, é importante fixar uma relevante premissa a respeito do tema.

Deve-se desprezar, para fins de comparação entre ações coletivas, a espécie de ação, sendo possível haver conexão entre diferentes espécies de ações coletivas. No tocante à ação de improbidade administrativa, que

(*) Mestre e doutor em processo civil pela USP. Professor auxiliar do Prof. Antonio Carlos Marcato no mestrado e doutorado da USP. Advogado em São Paulo e Natal.

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 249-250.

visa à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, é natural que possa, no caso concreto, existir também uma ação popular e/ou uma ação civil pública fundada no mesmo ato impugnado na ação de improbidade administrativa, apesar de ser o pedido destas ações limitado à anulação do ato administrativo e à condenação ao ressarcimento dos danos, vedados os pedidos de genuínas penas previstas na Lei no. 8.429/1992.

Essa premissa é de grande relevância para a ação de improbidade administrativa, por ser extremamente difícil que ocorra conexão entre duas ou mais ações coletivas dessa espécie. Tal circunstância decorre das particularidades da legitimação ativa nessa espécie de ação coletiva, limitada à pessoa jurídica interessada e ao Ministério Público.

É plenamente aplicável à tutela coletiva – inclusive à ação de improbidade administrativa – a novidade prevista no art. 55, § 3o. do Novo CPC, que admite a reunião de ações não conexas quando existir o risco de prolação de decisões contraditórias ou conflitantes. Nesse caso, mesmo não havendo identidade do pedido ou da causa de pedir entre diferentes ações coletivas, o objetivo de harmonização dos julgados justificará sua reunião perante o juízo prevento.

Ainda que a reunião das ações conexas – em realidade também aplicável à hipótese descrita no art. 55, § 3o., do Novo CPC – não seja obrigatória, resultando de um juízo de conveniência a ser realizado no caso concreto², é interessante analisar como as novidades do Novo Código de Processo Civil a respeito da fixação do juízo prevento não afetam o tema no âmbito da ação de improbidade administrativa especificamente, e nas ações coletivas em geral.

O art. 59 do Novo CPC prevê ser o juízo prevento o do primeiro registro ou da primeira distribuição. A diversidade de regras – registro e distribuição – se justifica por não existir propriamente distribuição naqueles foros de vara única, já que nesse caso não se escolhe entre dois ou mais juízos. Significa dizer que nos foros de vara única o processo será somente registrado, enquanto nos demais ele será registrado e posteriormente distribuído.

² STJ, 3a. Turma, REsp 1.484.162/PR, rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 24.2.2015, DJe 13.3.2015; STJ, 4a. Turma, REsp 1.278.217/MG, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 16.2.2012, DJe 13.3.2012.

Os dispositivos mantêm uma equivocada tradição do CPC/1973, criando regra pela qual a prevenção do juízo depende de ato judicial – registro ou distribuição – quando o ideal seria definir a prevenção por ato da parte, qual seja, a propositura da ação, o que se dá por meio do protocolo da petição inicial (art. 312 do Novo CPC). A crítica, entretanto, se limita à tutela individual, considerando-se que na tutela coletiva a regra para a fixação do juízo preventivo não se confunde com aquela consagrada no art. 59 do Novo CPC.

São três artigos com o mesmo conteúdo: art. 2o., parágrafo único, da Lei no. 7.347/1985 (Ação Civil Pública) e art. 17, § 5o., da Lei no. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com a mesma redação: *A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto*; e o art. 5o., § 3o., da Lei no. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular): *A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos*.

Como se nota da redação dos dispositivos legais transcritos, não é o registro ou a distribuição o ato processual determinante da prevenção do juízo, mas sim a mera propositura da ação. Essa diversidade de tratamento entre o Código de Processo Civil e as leis extravagantes que tratam da ação civil pública, da improbidade administrativa³ e da ação popular já foi percebida pela melhor doutrina⁴ e pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵

3. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

No procedimento comum instituído pelo Novo Código de Processo Civil o autor só será citado para apresentar contestação no prazo de 15

³ STJ, 2a. Turma, AgRg na MC 23.640/DF, rel. Min. OG FERNANDES, j. 3.2.2015, DJe 6.2.2015.

⁴ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156. No mesmo sentido MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 221-222; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 347.

⁵ STJ, 1a. Seção, CC 45.297/DF, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 14.9.2005, DJ 17.10.2005, p. 163.

dias se a demanda versar sobre direito que não admita a autocomposição (arts. 334, § 4o., II e 335, III, do Novo CPC). Nesse caso, o novo procedimento comum seguirá da mesma forma, ao menos nesse momento procedimental, que o procedimento ordinário do CPC/1973.

Com a previsão do art. 17, § 1o., da Lei no. 8.429/1992 o tema não suscitaria maiores questionamentos, porque por expressa previsão legal era vedada a transação na ação de improbidade administrativa, sendo inclusive essa espécie de ação dada como exemplo pela doutrina a respeito da não realização da audiência de conciliação e mediação criada pelo art. 334 do Novo CPC⁶.

Esse panorama, entretanto, foi radicalmente alterado em razão da revogação do art. 17, § 1o. da Lei no. 8.429/1992 por meio da Medida Provisória 703/2015. Com tal revogação passa a se admitir transação na ação de improbidade administrativa, inclusive para as sanções político-administrativas previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/1992.

Acredito que o cabimento da audiência prevista no art. 334 do Novo CPC no procedimento da ação de improbidade administrativa passa necessariamente pela definição de qual espécie é esse procedimento, até porque o art. 1.046, § 2o. do Novo CPC, prevê que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente o novo diploma processual.

Nos termos do art. 17, *caput*, da LIA, a ação principal seguirá o rito ordinário, que passa a ser comum com o Novo Código de Processo Civil. Por ação principal o legislador quis apenas distinguir a ação de improbidade administrativa das ações cautelares de indisponibilidade de bens e sequestro.⁷ Como tais ações, apesar de realmente serem acessórias, não são indispensáveis à propositura da ação de improbidade administrativa, a opção legislativa não deve ser prestigiada. De qualquer forma, compreende-se o que o legislador quis dizer com “ação principal”: uma ação de conhecimento na qual se buscará o reconhecimento do ato de improbidade administrativa e a consequente condenação dos

⁶ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 273.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 14.7, p. 1.011.

réus ao ressarcimento do patrimônio público e à imposição das penas consagradas no art. 12 da Lei no. 8.429/1992.

O que parece não agradar a doutrina é a afirmação de que o procedimento dessa ação de conhecimento será o ordinário (com o Novo Código de Processo Civil passa a ser comum), havendo aqueles que entendem tratar-se de verdadeiro procedimento especial, principalmente em razão do procedimento de defesa prévia prevista no art. 17, § 7o., da Lei no. 8.429/1992.⁸ Além dessa especialidade, a intimação da pessoa jurídica interessada, que poderá assumir qualquer dos polos da demanda ou manter-se inerte, regra prevista no art. 17, § 3o., da mesma lei, também pode ser considerada uma especialidade procedimental.

Ainda que realmente a fase de defesa prévia seja uma especialidade e tanto e que a regra de que o terceiro poderá escolher o polo que lhe interessar ou manter-se inerte seja indiscutivelmente outra especialidade procedimental, o fato é que após o recebimento da petição inicial o procedimento será fundamentalmente o comum.⁹ E é importante que assim o seja, porque o procedimento comum é o mais complexo de todos, ensejando maior segurança jurídica numa ação que pode ter consequências devastadoras para os réus condenados, em especial no tocante à aplicação das penas previstas no art. 12 da LIA.

Como consequência prática da presente discussão deve se considerar que no procedimento comum previsto pelo Novo Código de Processo Civil o réu não é mais, ao menos em regra, citado para contestar, mas para comparecer a uma audiência de conciliação e mediação. Diante dessa nova realidade procedimental, e partindo-se da premissa de que o procedimento da ação de improbidade administrativa é o comum, surge interessante questão a respeito do cabimento da audiência prevista no art. 334 do Novo CPC à ação de improbidade administrativa.

Diante de tal panorama legislativo, vejo com dificuldade o afastamento da audiência prevista no art. 334 do Novo CPC, que não

⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa (questões polêmicas e atuais)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 172-173.

⁹ MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. 2.4.11, p. 215.

deverá ocorrer somente se autor e réu concordarem expressamente com sua dispensa (art. 334, § 4o., I. do Novo CPC). Dessa forma, entendo que após a admissão da petição inicial, ou seja, após a rejeição da defesa prévia apresentada pelo réu, caberá ao juiz designar a audiência de conciliação e mediação, tendo início a contagem do prazo de contestação somente se o processo não for extinto por transação nessa audiência.

4. "NOTIFICAÇÃO" PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA

Nos termos do art. 17, § 7o., da Lei no. 8.429/1992, o juiz somente ordenará a notificação do réu se a petição inicial estiver em "devida forma". Naturalmente, sendo caso de indeferimento da petição inicial o juiz deve extinguir o processo mesmo antes da notificação do réu, ao passo que, havendo vícios sanáveis na peça vestibular, o juiz deverá determinar ao autor sua emenda, nos termos do art. 321 do Novo CPC, antes de tomar qualquer outra atitude, em especial notificar o réu para a apresentação de sua defesa prévia.

Segundo a doutrina majoritária, a natureza jurídica da notificação prevista pelo artigo ora comentado é de intimação,¹⁰ considerando-se que os meios de comunicação de atos processuais são somente dois: citação e intimação. Registre-se corrente doutrinária que defende a natureza de citação da notificação prevista no art. 17, § 7o., da LIA e de intimação da citação prevista no art. 17, § 9o., da LIA.¹¹ O entendimento tem o mérito de reconhecer apenas uma citação na ação de improbidade administrativa, justamente a primeira informação recebida pelo réu a respeito da existência do processo. Uma vez integrado à relação jurídica

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. A fase preliminar do procedimento da ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Org.). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 346; FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011. p. 207; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei no. 8.429/92*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 563. Contra, entendendo ser citação: COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 162.

¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa (questões polêmicas e atuais)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 176-177.

processual, não teria sentido citá-lo novamente, conforme prevê o art. 17, § 9o., da Lei no. 8.429/1992, sendo após o recebimento da petição inicial apenas intimado a apresentar sua defesa.

Em razão do conceito legal de citação previsto no art. 213 do CPC/1973, pessoalmente defendia a natureza de intimação dessa notificação do réu para apresentar a defesa prévia e de citação do ato de comunicação previsto no art. 17, § 9o. da Lei no. 8.429/1992. O Novo Código de Processo Civil, entretanto, modificou o conceito legal de citação, e com isso me levou à conclusão de que na realidade a notificação prevista no art. 17, § 7o., da Lei no. 8.429/1992 é na realidade uma citação, sendo a “citação” prevista pelo § 9o. do mesmo diploma legal uma intimação.

Nos termos do art. 238 do Novo CPC citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual, não restando qualquer dúvida de que essa integração do réu ao processo de improbidade administrativa se dá pela notificação para a apresentação de defesa prévia. Na realidade nesse ato de comunicação haverá uma cumulação de formas: citação para integrar o réu ao processo e intimação para apresentar a defesa prévia no prazo legal.

Como o réu só pode ser integrado ao processo uma vez, é natural se compreender que a chamada citação do art. 17, § 9o. da Lei no. 8.429/1992 é na realidade uma intimação, afinal, nessa oportunidade o réu, já integrado ao processo, será tão somente chamado a contestar a pretensão do autor. Não custa lembrar que o art. 269 do Novo CPC conceitua a intimação como ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.

5. PRAZO DA DEFESA PRÉVIA

Nos termos do art. 17, § 7o. da Lei no. 8.429/1992 o prazo para a apresentação da defesa prévia é de 15 dias. Esse prazo não sofre qualquer alteração em razão do Novo Código de Processo Civil, o mesmo não se podendo dizer de sua forma de contagem.

O art. 219, *caput*, do Novo CPC traz interessante inovação ao estabelecer que a contagem de prazo em dias, determinado por lei ou pelo juiz, computará somente os dias úteis.

Sendo advogado militante no contencioso cível, não tenho como deixar de saudar efusivamente a novidade legislativa. Nem é preciso muita experiência forense para se compreender que com prazos em trâmite durante o final de semana o advogado simplesmente não tem descanso. Basta imaginar o termo inicial de contestação numa ação cautelar numa quarta-feira com feriado na quinta e sexta.

Com o pedido de desculpas antecipadas aos que entendem o contrário, a crítica de que a previsão legal ofende o princípio da celeridade processual destoa em absoluto da realidade forense. O processo demora demais, muito além do tempo razoável previsto no art. 5o., LXXVIII, da CF, mas culpar os prazos por isso é inocência. A culpa na realidade é do tempo morto, ou seja, o tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental. Com audiências sendo designadas para meses depois, com autos conclusos a perder de vista, com esperas dramáticas pela mera juntada de uma peça, entender que a contagem de prazos somente durante os dias úteis irá atrasar o andamento do processo é trabalhar em paralelo com a realidade.

O parágrafo único do dispositivo ora analisado deixa claro que a regra se aplica somente aos prazos processuais, de forma que os prazos para o cumprimento de obrigações determinadas por decisão judicial continuam a ser contados de maneira contínua, inclusive em férias, feriados e finais de semana¹². Da mesma forma não se aplica a regra do *caput* do art. 219 do Novo CPC ao prazo de prescrição e ao de decadência, que são prazos materiais e não processuais¹³. Dessa forma, por exemplo, o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança consagrado no art. 23 da Lei no. 12.016/2009, ainda que fixado em dias, por ter natureza material será contado de forma ininterrupta.

¹² AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 312.

¹³ THEODORO JR., Humberto Theodoro Jr. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, no. 367, p. 511; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 388.

Na vigência do CPC/1973 eram tranquilas a jurisprudência¹⁴ e a doutrina¹⁵ no sentido de ser aplicável o prazo em dobro previsto no art. 191 daquele diploma processual ao prazo da defesa prévia na ação de improbidade administrativa. Não há razões para acreditar que o art. 229 do Novo CPC, que trata do mesmo tema, deixe de ser aplicado para a fixação de prazo em dobro para a defesa prévia, com a lembrança que o novo dispositivo agrega um requisito para sua aplicação; além de litisconsortes passivos com advogados distintos, é indispensável que os patronos dos réus pertençam a diferentes sociedades de advogados.

6. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Há pouca preocupação da Lei no. 8.429/1992 com a instrução probatória na ação de improbidade administrativa, o que permite a conclusão de que a matéria seja quase inteiramente regulamentada pelo Código de Processo Civil. Dessa forma, todas as novidades no campo probatório previstas no Novo Código de Processo Civil são aplicáveis à ação de improbidade administrativa, cabendo ao operador aplicar tais novidades ao caso concreto, levando em consideração o art. 1.047 do Novo CPC, que prevê que as disposições de direito probatório adotadas no novo diploma legal se aplicam apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.

A única especialidade no tocante à instrução probatória fica por conta da previsão contida no art. 17, § 12, da LIA, que determina a aplicação

¹⁴ STJ, 1a. Turma, REsp 1.221.254/RJ, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 5.6.2012, DJe 13.6.2012.

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa (questões polêmicas e atuais)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 174; CÂMARA, Alexandre Freitas. A fase preliminar do procedimento da ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Org.). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 346; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010. p. 328; FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011. p. 209; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei no. 8.429/92*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 563; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 10.2, p. 728; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. 9.2.9.2, p. 296.

à prova oral a ser produzida na ação de improbidade administrativa das regras consagradas no art. 221, *caput* e § 1o., do CPP.

Nos termos do art. 221, *caput*, do CPP, determinadas autoridades têm a prerrogativa de serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados entre elas e o juiz. Prerrogativa similar existe no art. 454 do Novo CPC, com maior amplitude com relação às autoridades que dela podem se aproveitar. Entendo que as autoridades contidas no art. 454 do Novo CPC e ausentes do art. 221, *caput*, do CPP devem ser ouvidas na ação de improbidade administrativa sem qualquer prerrogativa, exatamente como qualquer outro réu.

Ainda que se reconheça a natureza civil da ação de improbidade administrativa, o art. 17, § 12, da Lei no. 8.429/1992 é suficientemente claro ao prever que aos depoimentos e inquirições realizadas no processo se aplica a regra do art. 221, *caput*, do CPP, não havendo qualquer sentido em se alargar a prerrogativa lá consagrada para outras autoridades valendo-se de regra que trata do mesmo tema contida no ordenamento processual civil.¹⁶ Não custa lembrar que qualquer tratamento diferenciado deve ser justificado, sob pena de constituir um privilégio, forma odiosa de tratamento diferenciado de iguais.

Apenas para fins de argumentação, caso se considere aplicável à ação de improbidade administrativa o art. 454 do Novo CPC, tendo as autoridades não contempladas no art. 221 do CPP a prerrogativa de serem ouvidas em dia, horário e local por elas designados, há interessantes novidades a respeito do tema em decorrência do Novo Código de Processo Civil.

Sendo deferida a prova testemunhal de autoridade que tenha a prerrogativa ora analisada, cabe ao juiz enviar a ela cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que a arrolou como testemunha, solicitando que a autoridade designe um dia, hora e local para ser inquirida.

¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa (questões polêmicas e atuais)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 179.

Geralmente a autoridade indica seu local de trabalho para que seja realizada sua oitiva, em dia e horário de sua preferência que não prejudique seu serviço. Os advogados das partes têm direito a participar do ato processual, de forma que o local indicado deve ter espaço suficiente para o juiz, ao menos um auxiliar, que documentará o testemunho, e para os advogados das partes.

As autoridades têm o prazo de um mês para indicar ao juiz o local, data e horário para que seu testemunho seja colhido, sendo que sua omissão lhe retira a prerrogativa legal, cabendo ao juiz indicar o local (de preferência a sede do juízo), dia e horário da oitiva. Se o juiz entender que a presença da autoridade é capaz de causar algum tipo de tumulto pode até designar audiência específica para sua oitiva, mas em regra deverá incluí-la entre as demais testemunhas a serem ouvidas. O § 2º do art. 454 do Novo CPC deixa aberta até mesmo a possibilidade de o juiz designar outro local que não a sede do juízo, o que deve ser reservado para situações excepcionalíssimas.

Também será causa de perda da prerrogativa a ausência injustificada da autoridade ao local, dia e horário por ela mesma indicados para a colheita de seu testemunho. A autoridade deve compreender que sua prerrogativa não pode ser utilizada como forma de desrespeito ao Estado-juiz, de forma a ser plenamente justificável a perda da prerrogativa ora analisada em razão da conduta prevista no § 3º do art. 454 do Novo CPC. Nesse caso, caberá ao juiz analisar eventual justificativa apresentada pela autoridade para sua ausência, e, sendo a mesma admitida, permitir que a autoridade indique outro dia, horário e local para sua oitiva.

A perda da prerrogativa ora analisada em razão da inércia ou ausência injustificada da autoridade é medida saudável pois o processo não pode ficar paralisado indefinidamente à espera de atitude positiva da autoridade.

No art. 221, § 1º, do CPP, há mais uma prerrogativa, dessa vez dirigida a um rol ainda mais restritivo de autoridades. Segundo o dispositivo legal, o Presidente, o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

Essa prerrogativa é bastante interessante porque cria na ação de improbidade administrativa uma prova atípica. O conteúdo será de prova testemunhal, mas a forma será de documento. Trata-se da chamada “prova documentada”. O juiz não ouvirá a autoridade, tendo acesso somente a suas explicações escritas para a formação de seu convencimento, não sendo preciso muito esforço para se notar a menor relevância que a prova terá na formação do convencimento judicial. Um depoimento preparado, pensado, sem a pressão natural de uma audiência, realmente não deve ser levado muito a sério. Ainda mais se for levado em conta que as respostas poderão ser manuscritas por terceiro, e não necessariamente a autoridade.

7. RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

No sistema recursal criado pelo Novo Código de Processo Civil não há mais o agravo retido e o cabimento do agravo de instrumento está limitado às situações previstas em lei. O art. 1.015, *caput*, do Novo CPC admite o cabimento do recurso contra determinadas decisões interlocutórias, além das hipóteses previstas em lei, significando que o rol legal de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento é restritivo, mas não o rol previsto no art. 1.015 do Novo CPC, considerando a possibilidade de o próprio Código de Processo Civil, bem como leis extravagantes, previrem outras decisões interlocutórias impugnáveis por tal espécie recursal, ainda que não previstas pelo disposto legal.

As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecurríveis, o que representaria nítida ofensa ao devido processo legal. Essas decisões não precluem imediatamente, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1o., do Novo CPC.

Naturalmente as decisões interlocutórias expressamente previstas no rol legal do art. 1.015 do Novo CPC, quando proferidas em ação de improbidade administrativa, serão recorríveis por agravo de instrumento. Assim, decisões interlocutórias que tradicionalmente são agravadas, como a que versa sobre tutela de urgência, continuarão a ser recorridas por tal espécie de recurso, nos termos do art. 1.015, I, do Novo CPC, dentre outras.

Há, entretanto, duas particularidades dignas de nota quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na ação de improbidade administrativa.

O Novo Código de Processo Civil prevê o cabimento do agravo de instrumento em hipóteses não consagradas no art. 1.015 do Novo CPC, o que é plenamente admissível nos termos do inciso XIII do dispositivo, que prevê o cabimento de tal recurso em outros casos expressamente referidos em lei, além daqueles consagrados de forma específica no dispositivo legal.

O art. 17, § 9º., da Lei no. 8.429/1992 aparentemente trata da hipótese de rejeição da defesa prévia, fazendo-o, entretanto, de maneira bastante incompleta e com ao menos um equívoco. Nos termos do dispositivo legal, recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. Não existe qualquer menção a uma decisão fundamentada de rejeição da defesa prévia, podendo a omissão dar a entender que a rejeição será realizada de forma implícita, bastando para tanto a determinação de citação do réu. A redundância prevista no § 8º. do mesmo dispositivo legal de que deve haver uma decisão fundamentada fez falta.

Apesar da omissão legislativa, não resta dúvida de que para rejeitar a defesa prévia não bastará ao juiz determinar a “citação” (na verdade trata-se de intimação) do réu, sendo indispensável a prolação de uma decisão.¹⁷ Na realidade, deve proferir um pronunciamento objetivamente complexo. Num capítulo deve expor as razões da rejeição da defesa prévia, enquanto noutro deve determinar a citação do réu. O primeiro capítulo tem natureza interlocutória, sendo elogiável o disposto no § 10 do artigo sob comento, ao prever o cabimento de agravo de instrumento contra essa decisão, sendo que a previsão expressa de cabimento de tal espécie de recurso está em consonância com o art. 1.015, XIII, do Novo CPC. O

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. A fase preliminar do procedimento da ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Org.). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 350; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010. p. 335; COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 164.

segundo capítulo é para a doutrina majoritária um mero despacho e, por essa razão, irrecurável, nos termos do art. 1.001 do Novo CPC.

Na aplicação do art. 1.015, XIII, do Novo CPC deve ser destacado o art. 19, § 1o., da Lei no. 4.717/1965. Nos termos desse dispositivo, contra decisões interlocutórias proferidas na ação popular é cabível agravo de instrumento. Acredito, inclusive, que por força do microsistema coletivo a norma deva ser aplicada a todos os processos coletivos e não só à ação popular. Ou seja, todas as decisões interlocutórias proferidas em qualquer espécie de ação coletiva - logicamente a ação de improbidade administrativa incluída - são recorríveis por agravo de instrumento, pela aplicação conjunta dos arts. 1.015, XIII, do Novo CPC e do 19 da Lei no. 4.717/1965, inspirada pelo microsistema coletivo.

8. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O art. 304 do Novo CPC introduz no sistema a maior e mais relevante novidade quanto à tutela provisória: a estabilização da tutela antecipada. Nos termos do *caput* do dispositivo legal a tutela antecipada concedida de forma antecedente se estabiliza se não for interposto pelo réu recurso contra a decisão concessiva desta.

O legislador fez clara opção de limitar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada à sua concessão antecedente, de forma que sendo concedida de forma incidental, mesmo sem a interposição do recurso da parte contrária, o processo não deve ser extinto e a tutela antecipada não se estabilizará nos termos do art. 304 do Novo CPC¹⁸.

Parece não haver espaço para outra conclusão diante da mera leitura do *caput* do art. 304 do Novo CPC, que ao tratar do âmbito de incidência da estabilização da tutela antecipada prevê expressamente a concessão de tal tutela provisória nos termos do art. 303 do mesmo diploma legal, que trata justamente da concessão antecedente da tutela.

Trata-se de novidade que certamente gerará muitos questionamentos na prática, o que já vem ocorrendo na doutrina que tratou do tema. Mas com relação à ação de improbidade administrativa não se trata de tema que preocupe, pois entendo que o art. 304 do Novo CPC é inaplicável a essa espécie de ação.

¹⁸ Gajardoni, *Teoria*, p. 897; Amaral, *Comentários*, p. 407.

Não vejo problemas em antecipar a tutela nos pedidos de anulação de ato administrativo ilícito e nos de natureza reparatória, o mesmo, entretanto, não ocorrendo nos pedidos de natureza sancionatória¹⁹. Como se admitir em sede de tutela antecipada a suspensão dos direitos políticos e da perda do cargo ou da função? Nem mesmo o afastamento temporário deve ser admitido, já que a única tutela de urgência nesse sentido na Lei no. 8.249/1992 condiciona tal afastamento a dificuldade de se produzir a prova com o réu exercendo suas funções públicas, e não pela probabilidade de ser culpado pelo ato de improbidade administrativa.

Diante de tal realidade não será cabível nem mesmo o pedido de tutela antecipada antecedente sempre que o autor da ação de improbidade administrativa pretender veicular todos os pedidos admitidos pela Lei no. 8.249/1992, porque para o pedido de tutela antecipada ser antecedente esse pedido de tutela provisória de urgência deve ter o mesmo objeto da pretensão exposta pelo autor em sua petição inicial.

Entendo que sempre que o autor cumular pedidos em sua petição inicial e buscar a antecipação de tutela de apenas um ou alguns desses pedidos não é cabível o pedido de tutela antecipada de forma antecedente, mas sim de forma incidental. Afinal, é o próprio art. 304, § 1o. do Novo CPC que prevê que o processo será extinto na hipótese de estabilização da tutela antecipada concedida de forma antecedente. Fica claro diante dessa consequência da estabilização da tutela antecipada que não é possível se cumular nesse momento procedimental pedidos cujos efeitos práticos se busca antecipar e outros para os quais a tutela antecipada é incabível.

Para reforçar a tese ora defendida basta imaginar o absurdo da situação que seria criada com a concessão de tutela antecipada “antecedente” do pedido anulatório de ato administrativo ilícito (naturalmente os efeitos práticos dessa tutela) e dos pedidos reparatórios quando o autor do pedido formulasse todas as pretensões permitidas pela Lei no. 8.249/1992 e o réu não agravasse da decisão concessiva da tutela

¹⁹ STJ, 1a. Seção, REsp 1.366.721/BA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, rel. p/ acórdão Min. OG FERNANDES, j. 26.2.2014, DJe 19.9.2014; STJ, 2a. Turma, REsp 1.385.582/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 1.10.2013, DJe 15.8.2014; STJ, 1a. Seção, REsp 1.319.515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 22.8.2012, DJe 21.9.2012.

antecipada. O que exatamente ocorreria com os pedidos sancionatórios, que nem mesmo em cognição sumária (juízo de probabilidade) foram apreciados, já que o processo nesse caso terá que ser extinto, nos termos do art. 304, § 1o. do Novo CPC?

Note-se que não será possível dizer que com relação aos pedidos cujos efeitos práticos foram antecipados o processo estaria extinto e com relação aos demais o processo deveria seguir. Apesar de rotineiramente utilizada na praxe forense, a expressão “extinção parcial do processo” é inadequada, tratando um conceito jurídico absoluto de forma equivocada. Falar em extinção parcial do processo é o mesmo que afirmar que uma mulher pode estar meio grávida ou que um funcionário público é meio honesto. A mulher está ou não grávida, o funcionário público é ou não honesto, o processo é ou não extinto.

O que pode ocorrer é a diminuição objetiva ou subjetiva do processo, como ocorre, por exemplo, na exclusão de pedido para o qual o juízo é absolutamente incompetente e na exclusão de litisconsorte do processo por ilegitimidade de parte. Nesse caso, o processo é diminuído em termos objetivos ou subjetivos, e justamente por isso as decisões são interlocutórias e não sentenças. Se realmente houvesse extinção parcial do processo, teríamos que admitir sentenças também parciais, o que é refutado pelo Novo Código de Processo Civil.

Há uma interessante observação que deve ser feita. Será possível que o autor do pedido de tutela antecipada antecedente se limite nesse requerimento às pretensões cujos efeitos se pode antecipar (pedido de anulação de ato administrativo ilícito e de natureza reparatória)? Não há como se admitir tal hipótese sem afrontar de maneira clara o art. 303 em seu *caput* e § 1o., I, do Novo CPC.

Nos termos do art. 303, *caput*, do Novo CPC, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Como se pode notar da literalidade do dispositivo legal, o autor deve já indicar em sua petição inicial o pedido de tutela final, momento em que o juiz já saberia que de forma principal o autor pretende pedir tutela sancionatória que não foi pedida em sede de tutela antecipada.

Por outro lado, o art. 303, § 1o., I, do Novo CPC admite que o autor, após requerer tutela antecipada de forma antecipada, adite a petição inicial, no prazo de 15 dias ou em outro maior que o juiz fixar no caso concreto, mas apenas para complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, de forma que poderá complementar sua causa de pedir, mas não formular pedidos que não tenham sido objeto do requerimento de tutela antecipada de forma antecedente.

O dispositivo deixa claro que o aditamento da petição inicial não se presta a ampliar os pedidos já formulados, o que impediria o autor que teve a tutela antecipada do pedido de anulação do ato administrativo e reparatório formular em sede principal os pedidos sancionatórios previstos na Lei no. 8.249/1992. Poderá, apenas, reafirmar os pedidos já elaborados, ainda que com outros fundamentos, o que tornará a ação principal em ação civil pública, e não em ação de improbidade administrativa.

Por fim cumpre analisar a hipótese em que o autor do pedido de tutela antecipada antecedente, desconsiderando todo o alegado, imagina que possa requerer nesse momento procedimental a tutela antecipada dos pedidos de anulação do ato administrativo ilícito e de natureza reparatória para depois, quando da emenda da petição inicial, incluir os pedidos sancionatórios e transformar sua ação principal em uma ação de improbidade administrativa.

Caso a tutela antecipada requerida de forma antecedente nesses moldes seja concedida e o réu não interponha agravo de instrumento contra a decisão interlocutória concessiva, e caso o autor pretenda aplicar as sanções previstas no art. 8.249/1992, terá que ingressar com nova ação, agora uma ação de improbidade administrativa, mas limitada a tais pedidos diante da estabilização da tutela quanto aos demais pedidos que poderiam abstratamente ser formulados.

Por outro lado, caso a tutela antecipada não se estabilize em razão de reação do réu contra a decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, no momento de emendar a petição inicial não poderá formular os pedidos sancionatórios, estando limitado à propositura de ação civil pública com a reiteração dos pedidos que já foram objeto da antecipação de tutela. Poderá, é verdade, ingressar com outra ação, agora

uma ação de improbidade administrativa, com os pedidos sancionatórios. Sendo muito provável que as duas ações descritas sejam reunidas perante o juízo prevento – da primeira propositura – para julgamento conjunto, em razão da evidente conexão entre elas.

9. MEDIDAS CAUTELARES

A Lei no. 8.429/1992 prevê expressamente três espécies de medidas cautelares: (a) a indisponibilidade de bens prevista no art. 7º.; (b) o sequestro previsto no art. 16; e (c) o afastamento temporário de cargo, emprego ou função, previsto no art. 20, parágrafo único.

Naturalmente, admitir-se-á no plano da improbidade administrativa qualquer medida cautelar, independentemente do rol legal. A tutela cautelar será concedida sempre que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, independentemente de previsão legal específica ou genérica, de forma que essa amplitude de tutela cautelar existente em nosso sistema processual certamente valerá também à improbidade administrativa.

No tratamento do tema é importante consignar que o Novo Código de Processo Civil não prevê mais cautelares típicas, restando tão somente – e de forma suficiente – o poder geral de cautela. Essa observação preliminar é de suma importância quando se buscar comparar as cautelares típicas previstas na Lei no. 8.429/1992 com cautelares típicas que estavam previstas no CPC/1973, mas não constam do novo diploma processual. Se é verdade que as cautelares de arresto e sequestro não são mais cautelares típicas, não deve ser ignorado o art. 301 do Novo CPC que continua a mencionar expressamente o arresto e sequestro.

Acredito ser o dispositivo desnecessário, mas sendo impossível ignorá-lo, parece que os termos podem continuar a ser utilizados para designar cautelares que tenham como objeto de restrição de bens indeterminados para garantir futura execução de pagar quantia certa (arresto) e de bens determinados para garantir futura execução de entregar coisa (sequestro). Procedimentalmente, entretanto, não haverá qualquer especialidade, o que, inclusive, gera consequências pontuais na comparação que será realizada no presente tópico.

O pedido incidental cautelar pode ser elaborado como tópico da petição inicial ou por meio de mera petição durante o procedimento,

não existindo mais no Novo Código de Processo Civil espaço para a ação cautelar incidental.

Especificamente quanto à cautelar de indisponibilidade de bens e a ação de improbidade administrativa, a doutrina majoritária, mesmo na vigência do CPC/1973 já entendia ser cabível o pedido incidental, sem a necessidade de criação de novo processo de natureza cautelar.²⁰ O Superior Tribunal de Justiça, ao admitir que na própria petição inicial da ação de improbidade seja elaborado o pedido de indisponibilidade de bens,²¹ demonstrava com clareza que também havia adotado o entendimento de que o pedido durante a ação de improbidade deveria ser realizado de forma incidental, sem a necessidade de criação de um novo processo.²² O Novo Código de Processo Civil apenas confirma legislativamente essa tendência.

Pela previsão do art. 16 da Lei no. 8.429/1992 uma das cautelares típicas da ação de improbidade administrativa é o sequestro. Na realidade trata-se de um arresto, já que voltado a garantia de futura execução de pagar quantia certa²³, mas essa constatação tem pouca relevância prática diante da supressão das cautelares nominadas pelo Novo Código de Processo Civil. A opção do legislador de chamar um arresto de sequestro fica claro ao prever a tal cautelar o procedimento estabelecido para essa espécie de cautelar nos arts. 822 a 825 do CPC/1973. Registre-se que o Novo Código de Processo Civil não regulamenta mais de forma específica o procedimento da cautelar de sequestro, ainda que continue a prevê-lo em seu art. 301. O procedimento, portanto, será o do processo cautelar comum.

²⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. no. 9.2.8.2, p. 279; MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176.

²¹ STJ, 2a. Turma, EDcl no Ag 1.179.873/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 4.3.2010, *DJe* 12.3.2010.

²² STJ, 1a. Turma, REsp 439.918/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 3.11.2005, *DJ* 12.12.2005, p. 270.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Improbidade administrativa*. 3a. ed. São Paulo: Método, 2015, 15.3.1, pp. 263-266.

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Eduardo Lessa Mundim ()*

Defende-se, neste estudo, a tese de que, no concernente à composição passiva da lide, as ações civis destinadas a perscrutar atos de improbidade administrativa são regidas pelo princípio processual penal da obrigatoriedade, que se irradia nas ações de natureza penaliforme, hipótese dos feitos processados sob o rito da Lei no. 8.429/1992.

Firmou-se entendimento jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça de que, *nas ações civis de improbidade administrativa, não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei* (AgRg no REsp. no. 1.461.489/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19.12.2014).

Referida conclusão tem sido muito reproduzida nos casos em que a parte recorrente se insurge contra a ausência, no polo passivo da ação, de um determinado agente público, de uma entidade beneficiária ou de qualquer outro particular, tendo o STJ tradicionalmente aplicado a inteligência do art. 47 do Código de Processo Civil de 1973, segundo o qual *há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo*¹.

No litisconsórcio, a clássica visão de processo como prélio dos dois contendores em lados opostos, como se vê nas lutas de boxe, em que há sempre dois e somente dois pugilistas trocando *jabs*, cruzados e ganchos, é substituída por uma pluralidade de sujeitos da relação processual. O

(*) Analista Judiciário – STJ, Assessor de Ministro, graduado em Direito, graduado em Ciência Política, especialista em Prestação Jurisdicional, especialista em Direito Civil/Processo Civil, especialista em Direito do Trabalho/Processo do Trabalho.

¹ Atualmente, a disciplina do litisconsórcio se encontra nos arts. 114 a 118 do Código de Processo Civil de 2015.

litisconsórcio necessário ocorre quando a adequada integração do polo passivo só se aperfeiçoa com a presença de todos os agentes vinculados à situação jurídica, ao passo que o litisconsórcio unitário indica que não se admite conclusão diversa aos sujeitos da relação processual (unidade de solução na pluralidade de partes). Trata-se, portanto, de questão ligada à legitimidade das partes, que passa a ser abrangente quanto aos titulares da relação jurídica, isto é, uma ponte que se faz entre direito material e direito processual.

A justificativa muitas vezes apresentada pela Corte Superior para o não reconhecimento do litisconsórcio passivo nas aludidas ações de improbidade se assenta na singela circunstância de que não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o Magistrado a decidir de modo uniforme a demanda (AgRg no REsp. no. 759.646/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 30.3.2010). Solução idêntica é dada no REsp. no. 1.280.560/PA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 9.2.2012.

Ao analisar diversos precedentes do STJ que originaram a sobredita compreensão, assim como de muitos feitos sucessivos, percebe-se haver basicamente a fundamentação de que: (i) a lei de improbidade administrativa não prevê a formação de litisconsórcio passivo necessário; e de que (ii) os agentes não possuem relação jurídica que demande julgamento uniforme.

Contudo, apesar dessa respeitável posição, não parece haver, nesse reiterado entendimento, uma sólida construção paradigmática como veículo para a teoria científica aos moldes do que tanto se debruçou o físico THOMAS SAMUEL KUHN na obra *Estrutura das Revoluções Científicas*, muito estudado pelos que se enveredam pelo campo da Sociologia, mas pouco conhecido pelos operadores do Direito. De acordo com a linha de pensamento desse filósofo da ciência:

(...) o cientista deve preocupar-se em compreender o mundo e ampliar a precisão e o alcance da ordem que lhe foi imposta. Esse compromisso, por sua vez, deve levá-lo a perscrutar com grande minúcia empírica (por si mesmo ou através de colegas) algum aspecto da natureza. Se esse escrutínio revela bolsões de aparente desordem,

esses devem desafiá-lo a um novo refinamento de suas técnicas de observação ou a uma maior articulação de suas teorias (A Estrutura das Revoluções Científicas. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 65).

Isto posto, acerca da costumeira fundamentação embasada no art. 47 do Código de Processo Civil de 1973, não pode ser olvidado, de modo algum, que o ato de improbidade administrativa, especialmente por reclamar o intuito malévolo do sujeito ativo dirigido a uma finalidade específica – o enriquecimento ilícito, o dano ao Erário, a ofensa a princípios nucleares administrativos –, é praticado por agentes que, cada qual desempenhando sua função, se ladeiam para consumir essa modalidade pinacular de ilegalidade.

Assim, na maior parte das situações, há o servidor público, o mandatário político, a empresa emissora de notas fiscais, a interposta pessoa, os operadores do sistema bancário, a licitante fraudulenta, todos – com maior ou menor participação e influência no resultado final – se ajustam para a prática de um ato, anterior ou posterior, por exemplo, de desvio da merenda escolar municipal ou dos recursos de um ente da Federação destinados à saúde pública.

Não é sem razão, portanto, que o art. 3º da Lei no. 8.429/1992 estabeleceu que o diploma legal é aplicável *àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*. Talvez esteja aí uma noção implícita de formação de litisconsórcio necessário, ao prever que legitimados passivos são todos aqueles que concorram para o ato ímprobo. O art. 6º da Lei de Improbidade Administrativa também dá pistas da imperiosa presença no polo passivo do feito de todos os agentes vinculados à conduta má, ao estatuir que, *no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio*.

A 2ª Turma do STJ já emitiu alerta sobre a necessária presença de todos os atores da trama ímproba, agentes e beneficiários, assim se pronunciando:

(...) a Lei no. 8.429/1992 é extensiva aos particulares que se valeram do ato ímprobo, porquanto não haveria como ocorrer tal

ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários de seus atos.

(...) buscou o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido para a prática da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. A pluralidade de agentes elou terceiros que tenham de alguma forma concorrido ou se beneficiado da improbidade leva à ocorrência de litisconsórcio necessário no pólo passivo do processo de improbidade, na forma do art. 47 do Código de Processo Civil (REsp. no. 401.437/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, p. 235).

Em igual sentido, o Promotor de Justiça PEDRO ROBERTO DECOMAIN analisou o tema da legitimidade passiva nas ações civis públicas por improbidade administrativa, aduzindo, para tanto, que todos aqueles vinculados ao fato haverão de ser incluídos na demanda, até para que se assegurem garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório. Observe-se:

Se o ato houver sido praticado por dois ou mais agentes públicos, se houver contado com a colaboração de particulares, se tiver particulares como beneficiários diretos ou indiretos, a ação haverá que ser aforada contra todos. Mesmo havendo solidariedade passiva entre todos, no atinente ao ressarcimento de eventuais danos ao Erário, a situação será de litisconsórcio passivo necessário. Não é dado nem à entidade administrativa prejudicada e nem ao Ministério Público deixar de incluir algum deles na demanda. Sempre que entender presente auxílio de terceiros ou benefício de outros que não o próprio agente público autor de improbidade, contra todos haverá que ajuizar a demanda. Decorre inclusive do princípio constitucional da impessoalidade na Administração Pública, em função do qual não será dado quer ao Ministério Público quer à entidade prejudicada excluir da demanda algum dentre os agentes públicos responsáveis pelo ato de improbidade. Ou qualquer de seus beneficiários, quando mais de um houver (Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2014, p. 287/288).

Registre-se que a ação de improbidade administrativa não pode ser manejada exclusivamente sobre o particular, devendo constar necessariamente um agente público no polo passivo da demanda, conforme sobejamente já decidiu o colendo STJ. Confira-se, *verbi gratia*, o REsp. no. 1.171.017/PA, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 6.3.2014.

Diante dessas considerações, indaga-se: poderia o autor da ação optar por tais e quais agentes pretenderá demandar no feito vocacionado às sanções da Lei no. 8.429/1992? Como entender que todos aqueles que se vinculam ao fato típico não precisam necessariamente constar do polo passivo, para que o Magistrado possa dizer se induziram, concorreram ou se beneficiaram do ato ímprobo?

Sobre o tema, não restam dúvidas de que a ação de improbidade administrativa tem eminente natureza civil. Contudo, pela própria letra da lei, pode-se notar que as sanções advindas das condenações civis são – em não raros casos – mais severas que as próprias condenações penais. Basta ver, por exemplo, a *proscrição temporária de direitos políticos* e a *perda da função pública*² como reprimendas típicas de condutas que originem proveito ilícito ao sujeito ativo, que causem lesão aos cofres públicos e/ou que vilipendiam os mais elementares princípios da Administração Pública.

Nessas duas modalidades de sanção, como se vê, o sujeito é peremptoriamente tolhido de um direito político e de um direito social previstos na Constituição Federal (*locus* de excelência do poder do cidadão), o que, de imediato, impõe a reflexão acerca do poder punitivo do Estado, desde a gênese filosófica do *stato ferino* de GIAMBATTISTA VICO ou do *bom selvagem* de JEAN-JACQUES ROUSSEAU até sua evolução para o Leviatã de THOMAS HOBBES ou para o Príncipe de NICOLAU MAQUIAVEL. Estado esse que, na sua extroversão contemporânea, admite as mais diversas conformações, desde as mais libertárias até as mais afeitas à presença, ao domínio e ao controle sobre os fatos sociais.

² Assinale-se que a perda da função pública há de ser aquela em que o sujeito praticou o malfeito. É que não é raro que o agente seja servidor efetivo e que venha a ocupar um cargo comissionado ou um mandato eletivo, praticando o ato ímprobo a partir dos poderes e das atribuições desse cargo ou do mandato desempenhado. Não parece lógico que, por conta de eventuais demoras processuais ou por simples decurso de tempo, venha a perder seu cargo efetivo, como se lhe punisse com o sempiterno ostracismo do serviço público, o que faz recordar o Inimigo Público a que alude GÜNTHER JACOBS. A inteligência de que a perda da função pública é aquela derivada das atribuições especiais está elíptica nos incisos do art. 12 da LIA, ao aduzir na própria expressão *da função pública*, ou seja, daquela em que praticou o ato de improbidade. Sendo assim, se já não mais a ocupa, a reprimenda em espeque não tem mais lugar, até porque não existe compulsoriedade de aplicação de todas as sanções do art. 12 da Lei no. 8.429/1992.

Por isso, conscientes de que o processo judicial, considerado em si mesmo, é forma de efetivação dos direitos, avolumam-se vozes que advogam a tese de plena incidência dos princípios processuais penais às ações de improbidade administrativa, não apenas aquelas opiniões que propugnam o mais lúdimo garantismo judicial em todas as esferas judiciais, como também os críticos que, mesmo em estilo dogmático-legalista, percebem que a ritualística civil é insuficiente para estabelecer a articulação entre o processo e a adequada prestação jurisdicional em matéria do que se tornou conhecido por “Direito Sancionador”.

Paulatinamente, tem-se visto a admissão, no Direito Sancionador, das figuras da justa causa, da bagatela³, da transação⁴, do ônus do Órgão Acusador em provar o fato constitutivo do direito alegado (presunção de inocência do Réu), da verdade real, da dosimetria das sanções, da incidência da ponderação judicial ou dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entre muitos outros afluentes do Processo Penal que as ações de improbidade administrativa não sediavam de modo algum anos atrás.

A douta Primeira Turma do STJ firmou essencial interpretação sobre a Lei no. 8.429/1992, ao dizer que *esse tipo de ação, por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador* (REsp. no. 1.259.350/MS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 29.8.2014).

O Professor FERNANDO CAPEZ manifestou advertência quanto aos limites constitucionais no âmbito das sanções por improbidade administrativa, preocupando-se com a identificação do elemento subjetivo na conduta do agente. Confira-se:

A tendência na doutrina é de considerar referida lei [8.429/1992] de natureza cível, o que vem permitindo a responsabilização

³ Sobre a questão da bagatela, confira-se o Tema III da essencial obra de autoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO e de MARIANA COSTA DE OLIVEIRA, intitulada *Direito Sancionador – Quatro Termas das Garantias do Acusado na Ação de Improbidade Administrativa*. Fortaleza: Curumim, 2015.

⁴ A Medida Provisória no. 703, publicada no DOU em 21.12.2015, revogou o art. § 1o. do art. 17 da Lei no. 8.429/1992, que vedava a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa.

dos agentes públicos, de forma bastante ampla, com a simples caracterização do dolo civil.

Sucedede que, na atualidade, percebe-se a existência de diplomas não formalmente penais que punem os ilícitos de forma tão ou mais drástica que a própria seara penal, tal como ocorre com os atos de improbidade administrativa.

(...).

(...) a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa tem sido realizada com a proscrição de inúmeros direitos e garantias individuais erigidas após uma longa e árdua luta histórica contra o arbítrio estatal que impunha penas desumanas, sem a análise do dolo ou da culpa.

(...).

Enquanto o indivíduo processado na esfera penal em regra conta com a taxatividade da descrição dos tipos legais, aquele processado por improbidade administrativa depara-se com tipos abertos e abrangentes, o que reforça a necessidade de um controle material sobre o conteúdo da conduta no caso concreto (Improbidade Administrativa. Limites Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 297).

Nesse sentido, passou-se a entender que as ações de improbidade administrativa ostentam nítido caráter penalifome, justamente por tender a reprimendas que se aproximam daquelas penas advindas de processo-crime.

Por conseguinte, a ação de improbidade administrativa trata de relação jurídico-processual que impõe ao julgador solução *unitária* – pois, na maior parte dos casos, o ato malévolo ou o contrato viciado deve ser desconstituído – e a apreciação deve ser *uniforme*, isto é, oriunda daquela derradeira causa, em que todos os atores desse enleio devem sofrer os efeitos do pronunciamento jurisdicional, sendo condenados ou não.

Aparentemente, embora ser acionado judicialmente não seja, por excelência, a preservação de uma garantia, pois ninguém pensaria que constar no polo passivo de uma ação de improbidade administrativa seja, *per se*, um cenário que se deve almejar para que se lhe assegurem direitos, lado outro, a nulificação de ato ou contrato que venha a refletir diretamente na esfera jurídica de terceiros poderia representar a

vulneração do princípio do contraditório, que determina a participação dos litigantes na formação do convencimento do julgador, proscrevendo-se a figura da *decisão-surpresa*, conforme bem estudou o Professor FREDIE DIDIER JR. (Curso de Direito Processual Civil. Salvador, JusPODIVM, 2015, p. 78/83).

A colenda Primeira Turma do STJ, em certa oportunidade, apregou que, *em demanda movida pelo Ministério Público visando à anulação de contrato administrativo, a sentença somente será eficaz se participarem do processo todos os figurantes da relação contratual. Tipifica-se, no caso, litigância passiva necessária unitária (CPC, art. 47) (REsp. no. 1.162.604/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.6.2010).*

Advém dessa compreensão que a ação em que se analisam atos de improbidade administrativa dará ensejo fenomenológico à coisa julgada. É ali, naquele específico enredo, naquela trama processual, naquele preciso caderno em que serão submetidas à experiência sensível das partes e do julgador as questões de fato, de direito e as provas para a aproximação da verdade. Então, se algum dos sujeitos não foi acionado, vindo a ser chamado posteriormente, poderia alegar uma espécie de *exceptio male gestis processus*, de violação ao princípio do contraditório, de perdão implícito ou de qualquer outra matéria de defesa em seu favor.

Emerge, assim, como corolário da influência da principiologia do Processo Penal nas ações de improbidade, a assertiva segundo a qual o Órgão Acusador está obrigado a acionar todos os envolvidos no ato supostamente ímprobo, pois – frise-se – todos aqueles que concorreram para a sua prática ou dele se beneficiaram se submetem às sanções correspondentes.

Embora vencido no julgamento do REsp. no. 1.424.985/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 28.8.2014, o eminente Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO teceu importante fundamentação jurídica para o que ora se comenta, ao aduzir que *na ação judicial por imputação da prática de ato de improbidade administrativa, regida pela Lei no. 8.429/1992, requer-se que o pedido correspondente seja formulado contra o agente alegadamente malfeitor e o beneficiário – qualquer que seja – que se tenha favorecido com a ilicitude, por isso que ambos (o agente praticante do ato e o seu beneficiário) devem compor o polo passivo da demanda, sob a pena de não se lhe admitir o curso.*

Ressalte-se que, de acordo com a *lei do terceiro excluído* de ARISTÓTELES DE ESTAGIRA, para qualquer proposição que se estabeleça, ou ela exprime uma verdade, ou uma falsidade. Não há terceira via ou possibilidade, revelando-se, portanto, que cada coisa ostenta uma identidade. Lembra-se, de imediato, do filósofo pré-socrático PARMÊNIDES DE ELÉIA, para quem o *Ser é* e isso basta. Sobre o *Não Ser*, nada se pode dizer a respeito, porque qualquer comentário suscitará uma caracterização ou identificação, passando a ser alguma coisa. Esse pensador iniciou seu poema *Da Natureza* com uma alegoria, em que, acompanhado por jovens filhas do Sol, cavalos o conduzem numa espécie de charrete até um portal que, uma vez acessado, a ele permitiu ser recebido por uma deusa, que lhe dirigiu as seguintes palavras:

Ó jovem, acompanhante de aurigas imortais, tu, que chegas até nós transportado pelos corcéis, salve! Não foi um mau destino que te induziu a viajar por este caminho – tão fora do trilho dos homens –, mas o Direito e a Justiça. Terás, pois, de tudo aprender: o coração inabalável da verdade fidedigna e as crenças dos mortais, em que não há confiança genuína.

Mas também isso aprenderás: como as aparências têm de aparentemente ser, passando todas através de tudo.

Vamos, vou dizer-te – e tu escuta e fixa o relato que ouviste – quais os únicos caminhos de investigação que há para pensar: um que é, que não é para não ser; é caminho de confiança (pois acompanha a verdade); o outro que não é, que tem de não ser, esse te indico ser caminho em tudo ignoto, pois não poderás conhecer o que não é, não é consumável, nem mostrá-lo (Da Natureza. São Paulo: Loyola, 2002).

O Direito muito se caracteriza pela binariedade: é lícita ou não é a conduta; vale ou não vale o ato. Assim, a ausência na lide de um eventual beneficiário do ato ímprobo resultará numa situação incoerente em que um ato jurídico é reputado inválido e desconstituído para uns – que integraram a lide – ao passo que permanece válido para outros.

Diante desse primado da *lógica da não contradição*, embora o entendimento jurisprudencial predominante do STJ lance afirmação veemente acerca da inexistência de litisconsórcio passivo a que alude o art. 47 do CPC, dada a ausência de relação jurídica entres as partes conforme

exige o dispositivo, entende-se que a referida aproximação fática advém justamente do cenário ímprobo no qual todos aqueles agentes tomaram parte, até porque o ato ilícito – *lembre-se que a improbidade é uma ilegalidade qualificada* – é gerador de uma relação extracontratual das partes entre si e perante o Estado.

Veja-se o que ensina PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, em obra coordenada por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO e PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO:

*Um dos pontos de grande relevância diz respeito à própria utilidade da decisão em relação àqueles que deveriam ter necessariamente participado do contraditório. Isso porque os efeitos substanciais da decisão não podem ser impostos a quem não foi parte – o terceiro pode considerar a decisão como *res inter alio acta*; é inútil a sentença que não seja portadora de qualquer resultado prático, anulado o ato somente para os contraditores e deixando-o íntegro para os demais. É preciso que estejam presentes todos os legítimos e necessários contraditores.*

(...).

Nas ações constitutivas, nas quais se tem em vista a desconstituição de um ato jurídico determinado, necessário é que todos aqueles que participam desse ato componham o polo passivo da relação jurídica processual - exige-se a presença do litisconsorte necessário diante de situações jurídicas incindíveis.

Como dito, seria uma grave afronta ao contraditório e à ampla defesa propor a demanda em face de apenas uma das partes da relação jurídica a ser cindida, sem possibilitar a defesa da outra parte. É clássica a regra de que a sentença não pode produzir efeitos contra quem não tenha sido parte no processo (CPC, art. 472).

É célebre o exemplo de anulação de casamento: é impossível considerar válido o casamento perante o marido e nulo perante a esposa. Nos casos de improbidade administrativa em que se objetiva a desconstituição do ato tido por ímprobo essa impossibilidade também ocorre, pois serão partes necessárias todos os sujeitos da relação jurídica que se pretende desconstituir. Aliás, tais ações (constitutivas) são as que oferecem campo mais propício à necessariedade e unitariedade do litisconsórcio (Improbidade Administrativa. Questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 349;362).

Nessa ordem de ideias, advoga-se a tese de indispensável participação de todos os supostamente responsáveis pela prática do ato ímprobo, bem como dos beneficiários, em virtude da indisponibilidade do direito, sem critérios de conveniência ou de oportunidade, lembrando-se, sempre, da justa causa em matéria de Direito Sancionador. Não se pode conferir ao Órgão Acusador discricionariedade para incluir alguns e excluir outros agentes, eventualmente participantes e beneficiários do malfeito.

Situação distinta resultaria no fato de que apenas um agente venha a suportar toda a carga de responsabilidade, ao passo que eventuais beneficiários ficariam imunes a qualquer obrigação ressarcitória e punitiva, ou até, de caso pensado, em prévio acordo, para que, no futuro, venham a resolver a questão internamente sobre os despojos da conduta ímproba, em que uns assumem toda a responsabilidade para que mais tarde todos tenham a sua compensação financeira.

É bem verdade que esse tipo de acerto pode acontecer ainda quando todos estejam presentes no polo passivo da demanda, mas é irreprochável que somente o acionamento de todos aqueles que se mostram afins ao enredo ímprobo permitirá ao Magistrado aquilatar e dizer, em sentença, quem se sujeita ou não às devidas iras da Lei no. 8.429/1992.

Sabe-se que a ação penal pública é regida pelo *princípio da obrigatoriedade*, motivo pelo qual o Ministério Público tem o dever de inserir no polo passivo da demanda todos os agentes delitivos, sendo imprescindível, para tanto, a concorrência de indícios suficientes de autoria e de prova empírica da materialidade contra os imputados, desde que averiguada a justa causa como condição da ação.

Nesse passo, de acordo com o mencionado princípio, o Ministério Público não pode recursar-se a dar início à ação penal, uma vez identificada a hipótese de atuação, pois, à exceção da discricionariedade regrada que possibilita a transação penal nos Juizados Especiais, impõe-se ao órgão do Ministério Público a propositura da *actio*, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, não cabendo adotar critérios de política ou de utilidade social.

Para alguns doutrinadores da processualística penal, tais como os Professores AFRÂNIO SILVA JARDIM, HÉLIO TORNAGHI e FERNANDO DA COSTA TOURINHO, conquanto o Código de Processo Penal trate expressamente do princípio da indivisibilidade

somente nas ações penais privadas – princípio este segundo o qual *a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade* (art. 48) –, referido postulado também se aplica às ações penais públicas, que já são intuitivamente dotadas do princípio da obrigatoriedade.

Confira-se, a respeito, a lição do Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM:

(...) a ação pública é tão indivisível quanto a ação privada, apenas a forma de explicitar o princípio e fiscalizá-lo tem uma sistemática diferente no Código de Processo Penal.

Tendo em vista o princípio da oportunidade da ação penal privada, tornou-se imperativo ao legislador regular a matéria de forma expressa no art. 48 do Código de Processo Penal, impedindo que o querelante utilize-se do direito de ação de forma discriminatória, em contraste com os fins colimados pela lei ao outorgar-lhe tal legitimação extraordinária.

Assim, em sendo facultativa a ação privada, correto andou o legislador ao tornar claro e límpido o princípio da indivisibilidade, criando mecanismos para o seu controle (arts. 45 e 48 do Cód. Proc. Penal).

Entretanto, a ausência de dispositivo idêntico em relação à ação pública não pode levar jamais à conclusão de que ela seja divisível, mormente em face da combinação dos arts. 77, inc. II, e 79 do Código de Processo Penal. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que também a ação penal pública é indivisível.

Neste particular, o sistema do código se apresenta bastante lógico. Na realidade, vigorando o princípio da obrigatoriedade da ação pública, desnecessário seria dizer que ela deve ser proposta em face de todos os autores e partícipes da infração penal. Em outras palavras, o princípio da indivisibilidade está abrangido ou compreendido no princípio da obrigatoriedade. A indivisibilidade, destarte, é um consectário lógico da obrigatoriedade de agir. É intuitivo (Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 283/284).

Por força desse princípio mais amplo, qual seja, o da obrigatoriedade, havendo elementos suficientes de autoria, o Órgão Acusador está naturalmente *obrigado ao processo de todos*, isto é, por sua missão inerente, deve ajuizar a ação sancionadora contra todos aqueles que concorreram

para a prática do malfeito ímprobo ou dele se beneficiaram sob qualquer forma, direta ou indireta. A indivisibilidade se mostra implícita, como se infere.

Apenas na ação penal privada se fez necessário evidenciar a aplicação do princípio da indivisibilidade, porquanto não vinculada ao princípio da obrigatoriedade, o que pode induzir a conclusão de que se faculta ao autor escolher contra quem mover a ação. Na ação penal pública, tal risco não se verifica – suposta escolha do acionado –, pois, havendo indícios de autoria recaindo sobre várias pessoas, o Ministério Público estará obrigado a oferecer a ação contra todos, por força do princípio da obrigatoriedade, que contém implicitamente o princípio da indivisibilidade.

Portanto, seja em compreensão de litisconsórcio passivo necessário, seja a partir da incidência da principiologia processual penal às ações com jaez sancionador e haja ou não o rigorismo da pretensão de desconstituição de um ato ou contrato administrativo como pressuposto lógico, a propositura da lide civil por ato de improbidade administrativa deve ser dirigida a todos aqueles que concorreram para o ato maleficiente ou dele se beneficiaram, para que se submetam ao acionamento correspondente e ao controle dos atos pelo Julgador, sem que o Órgão Acusador tenha qualquer parcela de discricionariedade sobre quem demandar.

Frente à exposição, é de se concluir que, ainda quando decisões judiciais venham eventualmente a negar a formação de litisconsórcio passivo necessário nas ações por improbidade administrativa, ao fundamento de não subsunção da hipótese dos autos ao art. 47 do Código de Processo Civil (art. 114 do Código vigente), não há como escapar ao princípio da obrigatoriedade – com a implícita indivisibilidade –, por inafastável acesso que se deve conferir aos postulados do Processo Penal nas ações dedicadas ao Direito Sancionador.

PERICULUM IN MORA PRESUMIDO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Fábio Medina Osório**

INTRODUÇÃO:

A improbidade administrativa é uma patologia que se insere no universo mais amplo da má gestão pública. Nem toda má gestão pública caracteriza improbidade (atos administrativos inválidos não induzem necessariamente à responsabilidade de seu autor por improbidade)¹.

Trata-se – a improbidade - de uma ilegalidade qualificada pelos valores constitucionais agredidos (direitos fundamentais violados), processo de adequação típica (tipicidade formal e material), contrariedade ao Direito (ilicitude), e por uma densa interface com outras normas que interagem com a Lei no. 8.429/1992 (normas sancionadoras em branco)².

Sustento, pois, em realidade desde 1997, que nem toda ilegalidade praticada por um agente público há de configurar automaticamente improbidade. Fosse assim, a simples procedência de um mandado de segurança, em que se reconhece um ato coator, um abuso de direito ou desvio de finalidade, já acarretaria configuração de ato ímprobo³.

O filtro para delimitar a tipicidade de uma ação de improbidade deve ocorrer na própria petição inicial. Ao autor cabe delimitar causa de pedir, narrando fatos e dando-lhes o contorno da tipicidade. Vale lembrar que os tipos sancionadores abertos da lei de improbidade reclamam

(*) Advogado. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor nas Escolas do TRF4 e TRF2.

¹ Medina Osório. Fábio. Teoria da Improbidade Administrativa. Ed.RT. SP, 2007.

² Idem, ibidem.

³ Medina Osório. Fábio. Improbidade Administrativa: Observações sobre a Lei 8.429/92. 1a. edição, Ed.Síntese. Porto Alegre, 1997.

um processo de concreção – que tem seu ponto de partida na inicial acusatória⁴.

Consta no site do Ministério Público Federal que *foram 5,5 mil ações de improbidade propostas em todo o país entre 2013 e maio de 2015. Em relação ao ano de 2013, a instituição propôs 3.143 ações e instaurou 9.881 procedimentos de investigação relacionados à improbidade administrativa. Já em 2014, foram contabilizados 2.002 ações e 11.405 procedimentos de investigação. Para 2015, o estudo apontava 300 ações propostas e 6.118 procedimentos de investigação até o dia 22 de maio.*

Há que se considerar ainda eventuais estatísticas dos Ministérios Públicos dos Estados e Distrito Federal, sem falar em outras instituições legitimadas, o que denota a importância de se debater a potencial profusão de pedidos de liminares e bloqueios patrimoniais nessas ações.

De fato, muitas destas ações por ato de improbidade administrativa sempre trazem o pedido (cautelar) de indisponibilidade de bens, ainda na fase inicial do procedimento. E, ao fazê-lo, engessam empresas, ou pessoas físicas, com o objetivo de garantir ressarcimento ao erário e devolução de recursos desviados do setor público. Logo, é um tema da mais alta importância.

A jurisprudência do STJ sempre foi relutante no deferimento desta medida, mas, em março de 2014, o informativo 547 do Superior Tribunal de Justiça trouxe a notícia do julgamento do REsp 1.366.721-BA, onde a Primeira Seção do Tribunal da Cidadania consolidou o entendimento de que *é desnecessária a prova de periculum in mora concreto.*

Sustentei, em obra antiga sobre improbidade administrativa, que *a indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, parágrafo 4o., da*

⁴ Cabe lembrar da importância desse filtro na análise do conceito de justa causa nas ações de improbidade. Conforme assinalam corretamente Napoleão Nunes Maia Filho e Mariana Costa de Oliveira, *os elementos indicadores da justa causa não podem ser confundidos com suposições, alvitre ou mesmo meras possibilidades, pois somente se configuram (esses elementos) quando a sua presença é inequívoca e apontam ocorrências concretas, não ocorrências que podem ser legitimamente imaginadas ou deduzidas; a imaginação das pessoas serve, sem dúvida, para produção de peças literárias, não para produção de peças acusatórias.* Vide Maia Filho, Napoleão Nunes; Costa de Oliveira, Mariana. Direito Sancionador. Quatro temas das garantias do acusado na ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92)., Ed. Curumim. Fortaleza. 2015, página 44.

Constituição Federal. Esperar a dilapidação patrimonial, quando se trata de improbidade administrativa, com todo o respeito às posições contrárias, é equivalente a autorizar tal ato, na medida em que o ajuizamento de ação de sequestro assumiria dimensão de justiça tardia, o que poderia se equiparar a denegação de justiça⁵.

Naquela ocasião, sustentei que *prepondera, aqui, a análise do requisito da fumaça do bom direito. Se a pretensão do autor da actio se mostra plausível, calcada em elementos sólidos, com perspectiva concreta de procedência e imposição das sanções do art. 37, parágrafo 4o., da Carta Constitucional, a consequência jurídica adequada, desde logo, é a indisponibilidade patrimonial e posterior sequestro dos bens⁶.*

Considerando que não me pronunciei mais sobre este tema, em obras posteriores sobre o assunto, e este livro, cujas edições são de 1997 e 1998, não reeditei e nem foi atualizado, entendo oportuno tecer alguns esclarecimentos e, inclusive, aprofundar esse raciocínio.

AÇÕES DE IMPROBIDADE E ILEGALIDADE QUALIFICADA:

Quando se trata de improbidade administrativa, cumpre considerar as disposições legais e constitucionais específicas. O art. 37, § 4o. da Constituição Federal reza 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. No entanto, cabe sublinhar que a indisponibilidade patrimonial é, regra geral, uma providência cautelar, é dizer, não se trata de sanção e nem de tutela de evidência automaticamente vinculada à tipologia do processo. Noutras palavras, deve-se analisar cada caso concreto.

A ação por ato de improbidade administrativa integra o espectro do chamado Direito Administrativo Sancionador, com forte carga sancionadora, devendo por esta razão observar os princípios constitucionais atinentes à matéria, dentre eles o da presunção de inocência e o devido processo legal. Por certo, o ajuizamento da ação está

⁵ Medina Osório. Fábio. Improbidade Administrativa: Observações sobre a Lei 8.429/92. 2a. edição, ampliada e atualizada. Ed.Síntese. Porto Alegre, 1998, página 241.

⁶ Ibidem.

submetido ao crivo do contraditório e à perspectiva de recebimento da inicial, tal como contempla o rito aplicável à espécie.

Ciente do fato de que a persecução por ato de improbidade administrativa ostenta efeitos aflitivos e tem essa ambiguidade inerente aos tipos sancionadores, o legislador previu que a ação teria um rito especial, de acordo com os parágrafos 7º. e 9º. do art. 17 da Lei no. 8.429/1992. Assim, na fase inicial do rito, pode o magistrado utilizar o princípio do *in dubio pro societate*⁷, para possibilitar o maior resguardo do interesse público, até mesmo porque, após a citação do Réu, será realizada a regular instrução do feito. De qualquer forma, é necessário fundamentar o juízo de rejeição ou recebimento da ação, e mesmo esse aludido princípio jamais deve ser usado de forma abstrata ou padronizada.

O filtro a ser exercido na fase preambular permite autêntico julgamento antecipado da lide, com incursão no mérito para aferir a inexistência de justa causa, da tipicidade, da ilicitude material e, portanto, da própria inexistência do ato ímprobo, coibindo demandas temerárias, abusivas ou com fins estritamente políticos. Não é raro observar desvio de finalidade em ações de improbidade administrativa, lamentavelmente.

Não custa lembrar que a Lei previu 3 (três) tipos de atos de improbidade administrativa: os que importam enriquecimento ilícito; que causam prejuízo ao erário; e, que atentam contra os princípios da administração pública - respectivamente insertos nos artigos 9, 10 e 11 da Lei no. 8.429/1992.

Por sua vez, o art. 7º. e parágrafo único da Lei no. 8.429/1992 prevê o seguinte:

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.

7 STJ. 2ª. Turma. AgRg no REsp 1.317.127-ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 7.3.2013 (Info 518)

A jurisprudência sempre concordou que o requisito do *fumus boni juris* deve restar presente, já que se constitui na essência do ato improbidade administrativa. Assim, o debate se restringe sobre a necessidade de se comprovar o *periculum in mora* ou se este, como sustentei alhures, poderia vir simplesmente presumido em decorrência do ajuizamento da ação.

Como dito, até o julgamento do REsp 1.366.721-BA, pela 1a. Seção do STJ, a jurisprudência não era pacífica, tendo este paradigma criado uma perigosa premissa para as ações por ato de improbidade administrativa, que deve ser urgentemente revista ou detalhada, sob pena de a ação tornar-se instrumento de abusos. Em alguma medida, nossa doutrina pode ter sido ambígua nesse tópico, gerando alguma confusão conceitual digna de maior aprofundamento.

O *PERICULUM IN MORA*

O *periculum in mora* traduz um cenário de esvaziamento da prestação jurisdicional, seja pelo transcurso do tempo, seja pelo perecimento do bem da vida buscado. No caso das ações de improbidade, considerando-se a perspectiva de ressarcimento ao erário ou recuperação de ativos, a indisponibilidade patrimonial pode ser uma imperiosa necessidade associada a elementos concretos da própria ação, especialmente vinculados à sua plausibilidade jurídica ou à certeza do direito calcado em prova documental.

Uma vez que a ação por ato de improbidade administrativa busca o ressarcimento ao erário ou restituição de valores indevidamente incorporados ao patrimônio de agentes públicos ou particulares, o *periculum in mora* pode caracterizar-se por sinais concretos de risco de perecimento do direito discutido ou do transcurso do tempo.

De um modo ou de outro, o mero ajuizamento de uma ação de improbidade não é fator autorizativo de medida cautelar de indisponibilidade patrimonial, pois há muitas ações de tipologia diversa. Há ações temerárias, há ações destituídas de razoabilidade, e há ações que ensejam dúvidas razoáveis sobre seus fundamentos, à vista das controvérsias instauradas.

Ainda que uma ação ostente plausibilidade jurídica, pode haver fundadas dúvidas quanto ao seu potencial sancionatório, bem assim em

relação ao princípio da proporcionalidade na correlação entre sanções e medidas de bloqueio ou constrição cautelar.

Importante lembrar, desde logo, que a simples distribuição da ação de improbidade não torna o “Requerido” réu, mas, com o rito legal, somente após a apresentação de defesa prévia e o recebimento pelo juiz, em decisão fundamentada, é que a pessoa acusada se torna ré. Este foi o entendimento esposado pelo Ministro Castro Meira ao julgar o REsp 905.035/SC, *in verbis*:

Ação de improbidade administrativa. Liminar de indisponibilidade de bens. Requisitos. Fumus boni juris e periculum in mora.

1. O fato de ser admitida a petição inicial da ação de improbidade não gera a presunção de que o réu irá desviar ou dilapidar seu patrimônio a ponto de dispensar a necessária configuração do periculum in mora para o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens.

2. Acórdão que entendeu desnecessária a análise acerca do periculum in mora para a concessão da liminar é nulo.

3. Recurso especial provido em parte para anular a decisão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, para que realize novo julgamento.

(REsp 905.035/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 4.9.2007, DJ 18.9.2007, p. 288)

Voltando à necessidade da existência do *periculum in mora*, o STJ entendia que a medida de constrição de bens somente poderia ser deferida após se verificar a existência dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado.

Neste sentido, operava a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, vejamos:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Ação civil pública. Responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Fraude em contratos de leasing. Sócio. Responsabilidade solidária.

Decretação de indisponibilidade e seqüestro de bens. Considerações genéricas. Ausência de fundamentação.

1. *Acórdão a quo que denegou agravo de instrumento cujo objetivo foi a concessão de efeito suspensivo à liminar que decretou a indisponibilidade e seqüestro dos bens do recorrente em Ação Civil Pública de Responsabilidade por Ato de Improbidade Administrativa, a qual objetivou apurar fraudes no âmbito de contratos de leasing.*

2. *Chamamento do recorrente para integrar o pólo passivo da demanda sustentado no fato de ser ele o sócio principal da empresa e ter assumido responsabilidade referente aos contratos firmados.*

3. *Decisum recorrido que deixou de avaliar a extensão e as conseqüências graves da medida tomada, além de não ter tido o cuidado de considerar a caracterização da provisoriedade das alegações iniciais do Ministério Público; não se elencam os fatos que demonstram os fortes indícios de responsabilidade, além de não expor em que consistem os riscos determinantes da decretação estatuída.*

4. *A indisponibilidade de bens, para os efeitos da Lei no. 8.429/1992, só pode ser efetivada sobre os adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade.*

5. *A decretação da disponibilidade e o seqüestro de bens, por ser medida extrema, há de ser devida e juridicamente fundamentada, com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal, sob pena de se tornar nula.*

6. *Inocorrência de verificação dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, existência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado.*

7. *Enquanto os bens financiados em garantia ao contrato não forem buscados e executados, em caso de inadimplência, para sustentar, com as suas vendas, as prestações assumidas, é impossível, juridicamente, falar-se em prejuízo patrimonial decorrente do referido negócio jurídico. Os bens financiados são da empresa arrendadora; são apenas entregues ao financiado que, após o término do contrato, poderá optar pela sua compra.*

8. *Inobservância do Princípio da Proporcionalidade (“mandamento da proibição de excesso”), tendo em vista que não foi verificada a correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível.*

9. *A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua*

ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.

10. Agravo regimental provido. Recurso especial provido, para cassar os efeitos da indisponibilidade e do seqüestro dos bens do recorrente.

(AgRg no REsp 422.583/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, julgado em 20.6.2002, DJ 9.9.2002, p. 175).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial no. 1.098.824/SC, manteve a indisponibilidade de bens determinada pelo Juízo *a quo*, alegando que seriam exigíveis fortes indícios de responsabilidade e que o pressuposto do *periculum in mora* estaria implícito no comando legal:

Administrativo Ação civil pública Improbidade administrativa Indisponibilidade de bens Art. 7o., parágrafo único, da Lei no. 8.429/1992 ? Requisitos para concessão Limites Súmula no. 7/STJ.

1. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7o., parágrafo único da Lei no. 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 1.098.824/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 23.6.2009, DJe 4.8.2009)⁸.

⁸ Esse entendimento foi consolidado pela 1a. Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.319.515/ES, que deixou frisados os seguintes argumentos, dentre outros: No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7o. da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência,

No REsp 1.319.515/ES, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, o STJ defendeu *que na medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7o. da Lei de Improbidade Administrativa, não se vislumbra como uma típica tutela de urgência, mas sim uma tutela de evidência, acrescentando-se que o periculum in mora é oriundo da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, e não da intenção do agente em dilapidar seu patrimônio.*

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Exatamente nesta linha, a Lei 13.105/2015 – o Novo Código de Processo Civil, trouxe a necessária diferenciação entre tutela de urgência e tutela de evidência. De toda sorte, o art. 311 do NCPC prevê:

como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4o.) e da própria Lei de Improbidade (art. 7o.) (...)

A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7o. da Lei no. 8.429/1992. Precedentes: (REsp 1.315.092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 14.6.2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 15.5.2012, DJe 24.5.2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 3.8.2011; EDcl no REsp 1.211.986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 9.6.2011.(...)

A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, beassim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Este dispositivo reforça a ideia de que a tutela de evidência somente ocorre quando não há dúvidas quanto ao direito material posto na lide, isto é, diante de elementos perante os quais o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Para tanto, numa ação de improbidade, percebe-se a importância do juízo de recebimento da inicial acusatória e do prévio contraditório para se fixar qualquer tutela de evidência.

Tal como asseverado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia, em seu voto vencido no REsp 1.366.721-BA, *a tutela de evidência assemelha-se àquela prestada na Ação de Mandado de Segurança, na qual se pressupõe a defesa de um direito certo e incontestável (expressão do Constituinte de 1934), ou seja, suscetível de prova imediata e demonstração contundente.* E continua o Ministro, ao sustentar que *o pedido cautelar lastreia-se em juízo de plausibilidade, e não de evidência, mormente quando a constrição abarca a totalidade dos bens do acionado e ainda pendente a demonstração da ocorrência do alegado dano e a sua extensão.*

A MEDIDA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PREVISTA NA LEI 8.429/1992 E A TUTELA DE EVIDÊNCIA OU DE URGÊNCIA – O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme exposto, o STJ vem trilhando um caminho no sentido de entender pela desnecessidade da demonstração do *periculum in mora* para decretar indisponibilidade patrimonial em ações de improbidade. A orientação encontra-se alinhada com as diretrizes jurisprudenciais do STF⁹.

No entanto, entendo que essa jurisprudência pode e deve detalhar melhor suas premissas e pressupostos, delimitando sua *ratio decidendi* para fins de observância dos precedentes.

Em linhas gerais, esse juízo automático não pode ser formulado (*periculum in mora* inerente ao mero ajuizamento de uma ação), eis que cada ação está dotada de inúmeras peculiaridades. Há que se corrigir, pois, a tese conforme a qual o mero ajuizamento de uma ação de improbidade autorizaria, automaticamente, a decretação de bloqueio patrimonial do acusado.

A primeira distinção a ser melhor fixada diz respeito às tutelas de urgência e de evidência, pois constituem categorias usadas nos julgados do STJ.

Uma ação de improbidade estaria exposta à tutela de evidência em que circunstâncias? Pode-se dizer que a tutela de evidência ocorreria apenas quando toda a prova da responsabilidade do acusado – no plano

⁹ O STF acolhe esse mesmo entendimento quanto à orientação do STJ no tocante ao tema em exame: AI 779.400 MT Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 8.8.2013. Decisão. 3. É que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual o *periculum in mora* em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º. da Lei no. 8.429/1992, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Precedentes. 4. Da mesma forma, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada pela desnecessidade de individualização dos bens sobre os quais se pretende fazer recair a indisponibilidade prevista no art. 7º., p. ún., da Lei no. 8.429/1992, considerando a diferença existente entre os institutos da indisponibilidade e do seqüestro de bens (este com sede legal própria, qual seja, o art. 16 da Lei no. 8.429/1992). Precedentes. Publique-se. Brasília, 8 de agosto de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator.

subjetivo inclusive – viesse dada de plano pela via documental, ou mesmo objeto de confissão.

Em que medida uma ação de improbidade poderia estar sujeita à tutela de evidência? Ao se optar pelo caminho da tutela de evidência, o autor da ação tem um ônus relevante: o de demonstrar cabalmente a responsabilidade do infrator já no ajuizamento da demanda, sem margem a dúvidas.

A dificuldade de uma tutela de evidência sempre esbarra no princípio da responsabilidade subjetiva inerente às ações de improbidade reguladas na Lei no. 8.429/1992.

Regra geral, a tutela que se ambiciona numa ação de improbidade é de urgência. Nada impede que o *periculum in mora* surja como decorrência lógica de determinadas circunstâncias ou sinais exteriores. No entanto, é fundamental esclarecer que essa tutela está subordinada à demonstração de seus requisitos, cujo ônus pertence ao autor da ação.

Ao contrário do que se poderia imaginar, é necessário demonstrar, *ab initio*, que o bloqueio patrimonial atende aos seguintes pressupostos:

- a) proporcionalidade em relação à alegada dívida do acusado;
- b) plausibilidade concreta da pretensão punitiva (tutela de urgência) e presença de sinais ou circunstâncias específicas e ligadas ao processo de que o bloqueio é necessário para evitar dilapidação patrimonial ou qualquer outra forma de esvaziamento da pretensão estatal;
- c) evidência do direito alegado (tutela de evidência), ocasião em que será dispensável o *periculum in mora*, mas necessária a demonstração, após prévio contraditório, da natureza incontroversa do direito e da proporção e razoabilidade da medida em face da pretensão deduzida em juízo.

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CPC 2015

*Flávio Luiz Yarshell**

1. A TESE.

Dentre os inúmeros desafios trazidos pelo novo Código de Processo Civil (CPC 2015), um deles consiste em determinar a possibilidade – e a partir daí a medida – de sua aplicação subsidiária a situações disciplinadas por normas especiais. Sobre isso, é sabido que essas últimas derogam as normas gerais; que, por seu turno, aplicam-se subsidiariamente diante das eventuais omissões das regras especiais. Portanto, o caminho a seguir é a definição da *especialidade* de determinado corpo de regras, a partir do que será possível, com maior segurança, ou afastar a aplicação de normas gerais – direta ou indiretamente – incompatíveis com as especiais; ou aplica-las de sorte a suprir eventuais lacunas de dado microsistema.

Assim ocorre também nos processos que tenham por objeto a tutela de direitos e interesses transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos. Em relação a eles, é preciso não apenas atentar para as regras especiais, mas ter a consciência de que as soluções engendradas para o tradicional processo individual frequentemente são inadequadas quando se pensa na tutela coletiva (em sentido lato). De outra parte, é preciso também considerar que, embora tais processos tenham peculiaridades que exigem soluções igualmente específicas, de outro lado há regras gerais – o CPC se refere a algumas delas como “normas fundamentais” – que são aplicáveis a toda e qualquer espécie de processo. Assim ocorre porque se considera o processo como instrumento pelo qual o Estado atua a jurisdição e pelo qual se garante a devida participação dos destinatários do resultado final. Aliás, o direito positivo reconhece que a especialidade da tutela coletiva (em sentido lato) não afasta a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sendo disso

(*) Advogado, Professor Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.

ilustrativas as normas constantes do art. 19 da Lei no. 7.347/1985 e, antes dela, do art. 22 da Lei no. 4.717/1965.

De tudo isso certamente não escapa o processo instaurado para a aplicação de sanções cabíveis pela prática de atos de improbidade administrativa, que é voltado à tutela tipicamente transindividual: conquanto a disciplina essencial esteja na Lei no. 8.429/1992, a aplicação subsidiária dos Códigos de Processo Civil e Penal não é apenas devida, mas inevitável. Basta ver que, embora a lei não contenha uma disposição final e geral como aquelas acima lembradas, há referências expressas aos dois mencionados diplomas (art. 17, §§ 6o. e 12); referências que, por certo, não têm caráter taxativo. Então, de volta ao início, será preciso determinar no que consiste a *especialidade* do processo em questão, para saber de que forma é devida a aplicação subsidiária das regras gerais do CPC.

Note-se que o problema nada tem de novo e o simples advento de um novo Código de Processo Civil, por mais relevante que seja, não altera os termos conceituais da questão. Ainda que o recém editado diploma possa presumivelmente ser mais evoluído em relação à disciplina de determinados assuntos, isso não interfere com o problema da aplicação subsidiária, que segue regida pelos critérios já indicados: prevalência do especial sobre o geral; e aplicação supletiva do geral, quando isso não conflitar com as previsões especiais.

Sobre a especialidade do processo de improbidade, partindo-se do direito material aplicável (e, portanto, das sanções passíveis de imposição), é reconhecido pela doutrina que referido instrumento guarda importante analogia com o processo penal¹; a começar das cautelas impostas pela lei

¹ Assim, na doutrina: José Augusto Delgado, “Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa”, , *in Improbidade administrativa – Questões polêmicas e atuais*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), São Paulo, Malheiros, 2003, 2a. ed., p. 269; Wallace Paiva Martins Jr., *Probidade administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2002, 2a. ed., p. 342; Fábio Medina Osório, “Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.492/1992”, *RTDP* 26/267 e 271-272; Edilson Pereira Nobre Jr., “Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos”, *RDA* 235/83. Fábio Konder Comparato (“Ações de improbidade administrativa”, *RTDP* 26/158) fala que se pode, “em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*”.

desde o momento em que se instaura investigação destinada a apurar ato de improbidade². Isso explica não apenas a referência da lei ao CPP, mas a previsão de uma forma de defesa prévia (art. 17, §§ 7o. e seguintes), com juízo de admissibilidade que é claro reconhecimento de que o peso da litispendência, nesse caso, é diferenciado.

Nesse contexto, o presente trabalho, de dimensões assumidamente limitadas, tem por objetivo demonstrar a seguinte hipótese³: *nos processos jurisdicionais de improbidade administrativa, por seu caráter sancionador, não é possível aplicar-se subsidiariamente a regra do art. 373, § 1o. do Código de Processo Civil de 2015*. Vale dizer: não é possível dispensar o Ministério Público do ônus da prova dos fatos constitutivos de sua pretensão: nem mesmo sob o argumento de assim se proceder “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”; nem mesmo, ainda, por eventual apelo ao interesse público ou social que o autor da demanda afirma defender.

2. A DEMONSTRAÇÃO.

Em matéria probatória, uma das características do CPC 2015 é a de, sem propriamente desprestigiar o relevante papel a ser desempenhado pelo órgão judicial, ter também valorizado a atividade das *partes*. Isso pode ser extraído não apenas da grande ênfase que mereceu o princípio do

² A respeito, veja-se Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, “Reflexões sobre a ‘defesa antecipada’ na Lei de Improbidade Administrativa”, in *Improbidade administrativa – Questões polêmicas e atuais*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), São Paulo, Malheiros, 2003, 2a. ed., p. 90. Para que uma representação à autoridade administrativa possa dar ensejo à instauração de procedimento investigatório, exige-se o cumprimento dos requisitos do art. 14 da Lei no. 8.428/1993, como forma de se evitar investigações temerárias, com possível caráter de represália política (cf. Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*, São Paulo, Malheiros, 2004, 5a. ed., p. 166, e Wallace Paiva Martins Jr., *Probidade administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2002, 2a. ed., p. 465 – sendo que o último estende o mesmo dever às representações ao Ministério Público, apesar de a redação do § 2o. do art. 14 sugerir o contrário).

³ É preciso advertir o leitor de que as considerações seguintes, com eventuais alterações e as devidas adaptações ao tema aqui especificamente tratado, foram objeto (por vezes de forma literal) de artigo escrito sobre a dinamização do ônus da prova no processo eleitoral, a integrar obra coletiva, ainda no prelo.

contraditório, (artigos 7o., 9o. e 10), mas também de outras disposições: a possibilidade de convenção das partes em matéria processual (artigos 190 e 191); a expressa previsão de escolha do perito pelas partes (art. 471); a ampliação da antecipação da prova, admissível sem o requisito do perigo da demora, mas como instrumento apto ao *prévio conhecimento dos fatos*, para *justificar ou evitar o ajuizamento de ação* (art. 381) – o que faz das partes (e não apenas do juiz) destinatárias da prova; a possibilidade de inquirição de testemunhas diretamente pelos advogados (art. 459), dentre outras – aliás, todas regras compatíveis com o processo de improbidade⁴.

Nesse contexto também está a norma inscrita no art. 373, § 1o., que positivou a assim chamada *distribuição dinâmica do ônus da prova*: a regra legal pode ser alterada, pelo juiz no caso concreto, diante das peculiaridades da causa relacionadas *à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo legal ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*.

Dir-se-á que ela, ao invés de prestigiar a atividade das partes, reforçou os poderes do juiz que, doravante, poderá determinar a distribuição do encargo probatório de forma diversa daquela prevista pela lei. Mas, ainda que isso seja verdade, esse é apenas um aspecto do fenômeno: na medida em que a lei deu ao juiz referida prerrogativa, ela também abriu campo para que se reduza ou até mesmo se esvazie o exercício dos respectivos poderes de instrução – que, de forma correta, tenderão a permanecer com caráter residual e subsidiário à iniciativa das partes. É que pouco adiantaria que o juiz equilibrasse os encargos processuais de acordo com a situação das partes e as peculiaridades da controvérsia se, num segundo momento, desconsiderasse a norma que ele próprio estabeleceu, para determinar providências de instrução outras que não as já requeridas pelos interessados.

De todo modo, o que importa aqui é determinar que a regra inscrita no art. 373, § 1o. do CPC não pode ser aplicada de forma subsidiária



⁴ Mesmo as regras dos artigos 190 e 191 são aplicáveis. O que a lei exige é a possibilidade de autocomposição e isso, ao menos em tese, existe, sem embargo do interesse público discutido no processo. Ademais, são conceitos distintos os de relação material controvertida, de um lado, e de relação jurídica processual, de outro. Nada impede, portanto, que as partes convençiem, inclusive em matéria probatória.

ao processo de improbidade administrativa⁵. Aliás, referida norma não pode ser aplicada de forma supletiva e subsidiária a qualquer processo de cunho sancionador.

Conforme já dissemos⁶, nesses casos, por força da presunção constitucional de inocência, a atribuição do ônus da prova já foi feita pelo Constituinte, de tal sorte que é inviável que a lei ordinária frustrasse, direta ou indiretamente, tal postulada. Vale dizer: no processo que tenha por objeto a imposição de sanção por improbidade administrativa, o Ministério Público terá sempre o encargo de provar os fatos constitutivos de sua pretensão. Assim, se dúvida permanecer no espírito do julgador quando do término da instrução, a improcedência será a única alternativa viável: a dúvida favorecerá sempre o demandado e nenhuma das exceções referidas pelo art. 373, § 1o. poderá alterar esse quadro.

A propósito, vem bem a calhar a autorizada lição segundo a qual a referência a “leis penais” – e esse o caráter das sanções impostas em razão da improbidade – deve compreender *todas as normas que impõem penalidades, e não somente as que alvejam os delinquentes e se enquadram em Códigos criminais. Assim é que se aplicam as mesmas regras de exegese para os regulamentos policiais, as posturas municipais e as leis de finanças, quanto às disposições cominadoras de multas e outras medidas repressivas de descuidos culposos, imprudências ou abusos, bem como em relação às castigadoras dos retardatários no cumprimento das disposições legais*⁷.

Esse entendimento não pretende prejudicar ou mesmo frustrar a atuação do Ministério Público. Sua prerrogativa de produzir prova – como a de qualquer outro sujeito parcial do processo – deve seguir ampla. Como antes, referida Instituição tem o poder de promover investigação, mediante a instauração de inquérito civil, conforme previsão do art. 129, III da Constituição Federal e disposições da Lei no. 8.429/1992. Sobre isso, aliás, convém fazer duas observações.

⁵ Substancialmente de acordo com a tese: Marcelo Barbosa Alves Vieira, “Os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa e a distribuição judicial do ônus da prova à luz do Novo CPC” in Revista Contas Abertas, Campo Grande, Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, 2015, v.1, no.1, nov. 2015.

⁶ Vide nota anterior.

⁷ Cf. Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, pp. 327/328.

A primeira delas é a de que as regras sobre produção antecipada de prova, na forma dos artigos 381 e seguintes, afeiçoam-se à disciplina da lei especial e, sendo o caso, podem ser invocadas de forma subsidiária, nos casos em que a intervenção jurisdicional seja imprescindível para a produção da prova, não obstante as prerrogativas de que é investido o Ministério Público. A segunda é a de que remanesce – para o Ministério Público ou para qualquer outra pessoa – a possibilidade de pedido de exibição de documentos, como medida autônoma: sem embargo da supressão das normas que integravam o Livro III do CPC 1973 (em que situada a previsão de tal demanda), a providência segue possível: se o pleito de exibição for fundado em direito material, há que se observar o procedimento comum; se o pedido tiver fundamento processual – assim entendido o fundamento que resulta de uma das hipóteses do art. 381 – esse será o fundamento da demanda.

Mas, ainda que com tais ressalvas, mantém-se a impossibilidade de o Ministério Público ser beneficiado pela dispensa do respectivo ônus probatório. Conforme já ponderamos⁸, quando ele atua na posição de autor (não apenas de fiscal da lei), não é possível tratá-lo como *parte imparcial* – conceito que construção doutrinária equiparou à tentativa de reduzir um círculo a um quadrado: a oposição das partes é inerente ao debate judicial. O *duelo* – que deriva de *duo* – é o próprio contraditório. Assim, não há como sustentar que uma parte seja imparcial; o que, em última análise, significaria equipará-la ao juiz, a ponto de se desvirtuar, no caso do Ministério Público, de sua função institucional⁹.

Com efeito, *não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque, então, não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um bis in idem de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado*¹⁰. São lições dirigidas ao processo penal, mas que aproveitam ao processo civil sancionador.

⁸ Renova-se a advertência feita nas notas anteriores.

⁹ Cf. Francesco Carnelutti, *in Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Santiago Senís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1961, p. 217.

¹⁰ Cf. José Frederico Marques, *in Elementos de direito processual penal*, 3a. ed., vol. II, Campinas, Millennium, 2009, p. 32.

Também já se observou que *conceber o Ministério Público como parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes ou, ao menos, tornar a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial. Assim, Na escolha do tema de acusação há a confissão de uma preferência, já estando implícita na formulação do problema a sua solução. Assim, Além da inadequação teórica, a tese da imparcialidade do Ministério Público também é contestada pela prática, que demonstra que o órgão da acusação sempre está mais empenhado em provar a sua hipótese delitativa, da qual somente abre mão no caso em que se constata a idoneidade dos elementos de prova que disponha*¹¹.

Dessa forma, o Ministério Público *tem os deveres e responsabilidades de qualquer parte. Sendo assim, não pode o juiz, em nome de uma suposta absoluta presunção de defesa do interesse público, sempre presente em qualquer atuação do Ministério Público, menosprezar direitos e garantias de pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado*¹². Isso se projeta sobre o ônus da prova, a que está sujeito o Ministério Público quando atua como demandante; do qual não se desincumbe simplesmente por essa condição, de que decorreria suposta imparcialidade.

Não se desconhece que a doutrina já tratou do comportamento das partes – aí incluídas suas alegações – como “argumento de prova”¹³. Conforme já ponderamos, seria irrealista imaginar – ainda que sem considerar o momento de valoração – que a iniciativa da produção de certa prova por um dos sujeitos parciais seja um dado absolutamente indiferente ao processo. Reconhecemos, então, “não ser de hoje que a credibilidade pessoal de cada qual dos litigantes, associada à verossimilhança das respectivas alegações, é reconhecida como dado

¹¹ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 215/221.

¹² Cf. Adilson de Abreu Dallari, *Limites à atuação do ministério público na ação civil pública, in Improbidade administrativa – Questões polêmicas e atuais*, Cássio Scarpinella Bueno, Pedro Paulo de Rezende (coords.), São Paulo, Malheiros, 2001, p. 21.

¹³ Sobre o tema vide Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milão, Giuffrè, 1992, pp. 453/455, Gian Franco Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, Turim, Giappichelli, 2001, pp. 367/368 e Moacyr Amaral Santos, *Da prova judiciária no cível e comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1952, v. I, p. 51.

relevante na formação do convencimento do juiz”. Daí que, em certos casos, “é possível reconhecer uma provisória relevância probatória mesmo à simples alegação das partes – de sorte a atenuar o rigor do princípio tradicional segundo o qual as afirmações de fato que a parte faz em seu próprio favor não têm o condão de provar – dando-lhe uma conotação análoga à da prova testemunhal¹⁴.

Mas, isso não justifica que, pela circunstância de a alegação se originar do Ministério Público, ela se presuma verdadeira até prova em contrário; o que, então, equivaleria a uma inversão do ônus da prova justificada na suposta imparcialidade daquele órgão. Como mais uma vez já dissemos, a missão de defesa do interesse social, ainda que somada ao fato de que os membros da Instituição são ordinariamente orientados pelos princípios da legalidade e da impessoalidade, não é suficiente para fazer das alegações ministeriais algo mais plausível; não ao menos ao ponto de que seja dispensado do encargo probatório. Pode ocorrer que a verossimilhança decorra de regra de experiência comum¹⁵. Mas, se isso ocorrer, tal aceitação não será pelo fato de a respectiva alegação ter partido do Ministério Público, dado que a regra do art. 375 do CPC/2015 se aplica indistintamente às partes. Ademais, sempre é preciso considerar que a alegação e a correspondente prova que sejam suficientes para a instauração de um processo nem sempre o são para que se imponha determinada sanção. Isso é decisivo quando se trata de processo sancionador e, em particular, em matéria de improbidade administrativa.

Por outro lado, a prova que possa ter sido pré-constituída pelo Ministério Público tem peso relativo na medida em que sua produção não tenha contado com a presença do juiz, que é sujeito verdadeiramente imparcial; daí se ter aventado a aplicação subsidiária das normas dos artigos 381 e seguintes do CPC 2015, como forma de se garantir que a colheita preliminar da prova seja feita sob a égide do contraditório.



¹⁴ Tomamos a liberdade de remeter ao nosso *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 61, com referência aos pensamentos de Calamandrei e de Cappelletti. Dessa obra também foram extraídas outras partes expostas no presente texto.

¹⁵ Cf. Ferruccio Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Pádua, CEDAM, 1983, p. 165.

Mas, fora desse contexto, o Ministério Público – ainda que na defesa do interesse público primário e ordinariamente representando por agentes pautados pela legalidade e pela impessoalidade – segue como sujeito parcial. E, sendo assim, ele se relaciona com a atividade probatória da mesma forma que os demais sujeitos parciais. Para ele vigora em sua plenitude o princípio dispositivo: ele tem o ônus de alegação e especialmente de prova dos fatos alegados. Os requerimentos de prova feitos por tal Instituição devem ser considerados como quaisquer outros pleitos; inclusive, é preciso que o órgão julgador considere o nível de constrição que a produção da prova acarreta (e respectivos desdobramentos e implicações) antes de deferir a providência.

Em suma e conforme já dissemos¹⁶: não é porque o pleito de prova é feito pelo Ministério Público que, só por isso, ele deve ser atendido. E nenhum eventual temor deve ter o órgão judicial a esse respeito porque, ainda que a alegação venha escudada na defesa do interesse público, ela continuará a ser, como se procurou demonstrar, uma alegação parcial. Embora a postulação caiba ao Ministério Público, o julgamento compete ao juiz, por decisão devidamente fundamentada, em ambiente não apenas de imparcialidade, mas de verdadeira independência.

Vale observar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – embora não exatamente com base no CPC 2015, por razões evidentes – já teve oportunidade de sufragar a tese aqui defendida, quando menos parcialmente. Assim o fez quando, por exemplo, decidiu que *Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9o., VII, da Lei no. 8.429/1992, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional*¹⁷.

Nesse caso, a tese nem mesmo é infirmada pela circunstância de se ter atribuído ao réu o ônus de provar a licitude dos recursos. Isso não ocorre propriamente pela circunstância de que o demandado teria melhores condições para tanto (ainda que eventualmente o tenha), mas

¹⁶ Novamente o alerta constante das notas precedentes.

¹⁷ Cf. AREsp 548.901/RJ, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, julgado em 6.2.2016.

porque, diante da constatada desproporcionalidade, a origem aparece como fato extintivo ou impeditivo da pretensão do autor: o réu dirá e provará que a desproporção está devidamente justificada em tal ou qual circunstância. Mas, a prova do fato extintivo ou impeditivo já é ordinariamente encargo do demandado e, portanto, apenas se reafirma que a regra legal sobre a distribuição é a que prevalece.

E, finalmente, nem mesmo a estrita observância do contraditório pode justificar a incidência do art. 373, § 1o. no processo de improbidade administrativa.

Primeiro, conforme já dissemos¹⁸, a exigência de que a inversão seja feita por decisão fundamentada e que dê à parte *a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído* (parte final do § 1o. do art. 373) não pode ser tida propriamente como uma contrapartida da lei. Trata-se de exigência que decorre do princípio constitucional do contraditório, conforme já preconizava parte expressiva da doutrina¹⁹; o que, aliás, é coerente com as regras dos artigos 7o., 9o. e 10, que impõem ao juiz observar o contraditório e impedem que as partes sejam tomadas de surpresa. Portanto, a exigência do contraditório prévio e efetivo não serve de argumento para viabilizar a inversão porque a subsistência do ônus probatório do autor não é decorrência daquele princípio, mas da presunção de inocência que informa não apenas a seara penal, mas também todo os casos em que se trate de impor sanções – algumas delas, ainda que tecnicamente não sejam penas, podem ser tão duras, ou mais, do que as sanções previstas pela lei penal (basta pensar na inelegibilidade).

Segundo, impedir que se dispense o autor do ônus probatório (por eventualmente transferir o encargo para o réu) não é, de qualquer forma, cercear seu direito de ação ou, agora pelo ângulo do demandante, violar o contraditório. Assim ocorre porque o requerente é sabedor, de antemão, de que tem o encargo probatório quanto aos fatos em que funda sua pretensão. Justamente por isso, o órgão judicial – nos limites do (assim chamado) princípio dispositivo – deve assegurar ao autor todas as possibilidades de se desincumbir do encargo. O direito de provar

¹⁸ Idem à nota anterior.

¹⁹ Mais uma vez tomamos a liberdade de remeter ao nosso Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 163 e seguintes.

descende da garantia da ação e seria realmente um contrassenso reafirmar que o demandante tem o ônus da prova, mas limitar indevidamente sua atividade probatória.

3. CONCLUSÃO.

De todo o exposto, reputa-se restar demonstrada a hipótese inicialmente apresentada:

a) Não obstante seja possível aplicar subsidiariamente ao processo de improbidade administrativa regras probatórias previstas pelo Código de Processo Civil de 2015, não se afigura viável invocar a regra do art. 373, § 1o.

b) Não é possível dispensar o autor do ônus da prova dos fatos constitutivos de sua pretensão, nem sob o argumento de assim se proceder *diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário* (art. 373, § único); nem sob pretexto de defesa do interesse público ou social.

c) O prévio contraditório também não autoriza conclusão diversa: a impossibilidade de dispensar o autor do ônus probatório não advém daquele princípio, mas da presunção constitucional de inocência, que incide em todos os processos de cunho sancionador, notadamente nos eleitorais, em que as sanções podem ser tão ou mais graves do que aquelas previstas na lei penal (em sentido estrito).

d) A impossibilidade de alteração da regra legal sobre o ônus da prova não deve prejudicar o direito de ação, de tal sorte que ao autor deve ser assegurada amplitude probatória, inclusive mediante a aplicação subsidiária de outras regras do CPC 2015 que prestigiem esse postulado, desde que compatíveis com o caráter sancionador do processo.

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Santiago Senís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1961.

COMPARATO, Fábio Konder, *Ações de improbidade administrativa*, RTDP 26/158.

DALLARI, Adilson de Abreu, Limites à atuação do ministério público na ação civil pública, in *Improbidade administrativa – Questões polêmicas e atuais*, Cássio Scarpinella Bueno, Pedro Paulo de Rezende (coords.), São Paulo, Malheiros, 2001.

DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa, *Improbidade administrativa – Questões polêmicas e atuais*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), São Paulo, Malheiros, 2003, 2a. ed.

FIGUEIREDO, Marcelo, *Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*, São Paulo, Malheiros, 2004, 5a. ed.

MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, 3a. ed., vol. II, Campinas, Millennium, 2009.

MARTINS JR., Wallace Paiva, *Probidade administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2002, 2a. ed.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1988.

NOBRE JR., Edilson Pereira, Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos, RDA 235/83.

OSÓRIO, Fábio Medina, Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.492/1992, RTDP 26/267 e 271-272

POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal, Reflexões sobre a ‘defesa antecipada’ na Lei de Improbidade Administrativa, in *Improbidade administrativa – Questões polêmicas e atuais*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), São Paulo, Malheiros, 2003, 2a. ed.

RICCI, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale*, Turim, Giappichelli, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1952, v. I.

TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, Milão, Giuffrè, 1992.

TOMMASEO, Ferruccio, *I provvedimenti d'urgenza*, Pádua, CEDAM, 1983.

VIEIRA, Marcelo Barbosa Alves, Os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa e a distribuição judicial do ônus da prova à luz do Novo CPC, *in* Revista Contas Abertas, Campo Grande, Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, 2015, v.1, n.1, nov. 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo, Malheiros, 2009.

A TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Gina Copola**

1. BREVE INTRODUÇÃO. AS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS.

O presente trabalho tem como escopo o estudo do tema relativo à tutela antecipada nas ações de improbidade administrativa, à luz do Novo Código de Processo Civil.

Este estudo aborda as questões jurídicas concernentes aos requisitos para a concessão da tutela antecipada em ações de improbidade administrativa, bem como as sérias consequências de tal medida de urgência, como ocorre no caso do afastamento do servidor público, ou da indisponibilidade de bens do acusado.

Trazemos ao artigo o tema da tutela antecipada em diversos outros países.

O texto colaciona jurisprudência sobre o tema.

2. A TUTELA ANTECIPADA

2.1. O QUE É TUTELA ANTECIPADA?

A tutela antecipada foi introduzida de forma definitiva em nosso sistema jurídico pela reforma processual civil levada a efeito através da edição da Lei federal no. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que *alterou dispositivos de nosso Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.*

(*) Advogada militante em Direito Administrativo. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-Professora de Direito Administrativo na FMU. Autora dos livros *Elementos de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2.003; *Desestatização e terceirização*, São Paulo: NDJ – Nova Dimensão Jurídica, 2.006; *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2.008, e 2a. edição em 2.012, e *A improbidade administrativa no Direito Brasileiro*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2.011, e, ainda, autora de diversos artigos sobre temas de direito administrativo e ambiental, todos publicados em periódicos especializados.

Tutela antecipada, que é espécie do gênero tutela de urgência, é o adiantamento da prestação jurisdicional, é antecipação da decisão de mérito concedendo o pedido formulado em sua totalidade, ou parcialmente, antes mesmo da instrução processual, sendo obedecido, porém, sempre que possível, o princípio constitucional do contraditório.

Em resumo tem-se que a tutela antecipada é o adiantamento dos efeitos do julgamento do mérito da ação proposta, ou seja, é a própria satisfação do direito, sem, contudo, fazer coisa julgada material.

2.2. TUTELA ANTECIPADA NÃO É MEDIDA CAUTELAR OU LIMINAR

A tutela antecipada e a medida cautelar (e também a medida liminar) têm sido utilizadas como se se tratassem de institutos idênticos e com os mesmos efeitos, isso porque ambas providências possuem caráter emergencial, e provisório.

Tem-se, porém, que tal fungibilidade não pode ser admitida processualmente uma vez que a medida cautelar se presta apenas a preservar o processo, enquanto a tutela antecipada é o meio eficaz de preservação do próprio direito envolvido.

A medida cautelar tem por objetivo proteger a tutela que se busca, enquanto na tutela antecipada busca-se o provimento antecipado da própria tutela.

Com todo efeito, na medida cautelar o pedido formulado não precisa necessariamente coincidir com o pedido principal, enquanto na tutela antecipada é de império que o pedido formulado coincida exatamente com o pedido da tutela final.

Sobre a distinção entre os dois citados institutos – medida cautelar e tutela antecipada – assim já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial no. 60.607-SP, 2a. Turma, rel. Ministro ADEMAR MACIEL, com o seguinte excerto da ementa:

A antecipação da tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Já a cautelar visa a garantir o resultado útil do processo principal. Enquanto o pedido de antecipação de tutela pode ser formulado na própria petição inicial da ação principal, a medida cautelar deve ser pleiteada em ação separada, sendo vedada a cumulação dos pedidos principal e cautelar num único processo.

É forçoso concluir, portanto, que as duas tutela urgentes – medida cautelar e tutela antecipada – não podem ser utilizadas como sinônimas pelos aplicadores do direito, e sobre o tema cite-se fundamentado artigo elaborado pelo magistrado REIS FRIEDE, intitulado *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: distinções fundamentais*, e publicado na Revista Direito, Rio de Janeiro, v. 3, no. 5, jan /jun. 1999, pp. 67/74, com vasta citação de jurisprudência sobre o tema.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a petição inicial pode limitar-se ao pedido de tutela antecipada, com apenas a indicação do pedido de tutela final, porém, diversamente da cautelar, se não for interposto agravo contra a decisão que concede a tutela antecipada, a tutela de urgência torna-se estável.

E no caso da cautelar, tem-se que se a medida for concedida, a ação principal deve ser proposta em 30 (trinta) dias, nos termos do art. 308, do Novo Código de Processo Civil.

2.3. A TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

Na redação do antigo Código de Processo Civil, os requisitos para a concessão a tutela antecipada eram previstos no art. 273, do Código de Processo Civil com a redação que lhe foi dada pela Lei federal no. 8.952/94.

Rezam, porém, os art. 303, e art. 304, do Novo CPC:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1o. Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2o. Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1o. deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3o. O aditamento a que se refere o inciso I do § 1o. deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4o. Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5o. O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6o. Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1o. No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2o. Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3o. A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o.

§ 4o. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o., prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5o. O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2o. deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1o.

§ 6o. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2o. deste artigo.

Denota-se, portanto, que com o Novo Código de Processo Civil o pedido de tutela antecipada pode ser formulado em petição inicial específica para tal fim, desde que tal petição contenha a indicação do pedido final que se pretende alcançar, e, no caso de concessão da tutela antecipada, o autor tem que aditar a inicial, em quinze dias, com a juntada de novos documentos, e com a confirmação do pedido da tutela final, e, não o realizando, o processo é extinto sem resolução do mérito.

No pedido de tutela antecipada o autor tem que demonstrar o *perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo*, requisito que a nosso ver é o *perigo de dano irreparável* da antiga redação do Código de Processo Civil, e também chamado de *periculum in mora*, ou seja, a demora na prestação jurisdicional pode acarretar prejuízo à parte, e, portanto, surge a necessidade de concessão da tutela antecipada.

O perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo deve ser objetivamente demonstrado, e, portanto, não pode permanecer no campo das hipóteses.

Sobre o tema, assim ensina TIAGO ASFOR ROCHA LIMA com a redação antiga do CPC, mas em lição que pode perfeitamente ser aplicada ao novo texto¹:

O receio de dano irreparável ou de difícil reparação pode ser equiparado inclusive ao conhecido periculum in mora, elementar para o deferimento das medidas cautelares, uma vez que inexistem questionamentos de que a postergação da análise do pedido antecipatório trará, indubitavelmente, dano irreparável ou de difícil reparação, em face do perecimento superveniente do objeto jurídico tutelado.

2.3.1 – A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E A POSSIBILIDADE DE REFORMA DA DECISÃO.

Conforme reza o art. 304, do Novo CPC, *a tutela antecipada torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*, e o respectivo recurso é o agravo, previsto pelo art. 1.015, I, do Novo CPC.

¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha, *Antecipação dos efeitos da tutela*, Bahia: Editora Podivm, 2.009, p. 95.

Em tal hipótese o processo é extinto, conforme reza o art. 304, § 1o., do Novo CPC.

Ocorre que qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*, do art. 304, do Novo CPC, conforme reza o § 2o., do mesmo artigo, e, dessa forma, a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o., do art. 304, do Novo CPC. Ou seja, a decisão que concede a tutela antecipada não faz coisa julgada, mas a estabilidade de seus efeitos somente pode ser afastada por outra decisão que a revir, reformar, ou invalidar, conforme reza o § 6o., do mesmo art. 304.

E, por fim, a prescrição para tal pedido de revisão, reforma, ou invalidação da tutela antecipada é de 2 (dois) anos, conforme reza o § 5o., do art. 304, do Novo Código de Processo Civil.

2.4. DIREITO COMPARADO. A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO ESTRANGEIRO.

O professor TIAGO ASFOR ROCHA LIMA² em sua obra *Antecipação dos Efeitos da Tutela* proferiu preciosas lições a respeito da tutela antecipada em diversos outros países, conforme abaixo se lerá.

3.1 ITÁLIA

Estreme de dúvidas que o direito italiano é uma das fontes inspiradoras de incontáveis ordenamentos jurídicos não originados do common law. Na processualística civil também não ocorre de maneira diversa, o provvedimento d'urgenza encontra suas origens não no atual Código de Processo Civil italiano de 1940, com suas alterações posteriores, mas muito antes, como registra Osvaldo Barbero e Carlos A. Carbone, nas medidas inibitórias dos Códigos sardos de 1854 e 1859 e no Código Jurídico Canônico. (...)

Não se deve olvidar que no processo civil italiano a tutela antecipada pode inclusive ser deferida antes do ajuizamento do processo principal, tal como se dá no regime das medidas cautelares,

² LIMA, Tiago Asfor Rocha, *Antecipação dos efeitos da tutela*, Bahia: Editora Podivm, 2.009, p. 58/70.

dependendo, todavia, do ajuizamento do processo de conhecimento para que se mantenha a eficácia do provimento. É o que se colhe da doutrina de Edoardo F. Ricci: (...)

3.2 FRANÇA

O abreviamento da prestação jurisdicional também não é estranho ao sistema processual francês, que não desconhece a existência de situações que impedem ao jurisdicionado aguardar o desfecho de um procedimento comum, dada a necessidade de urgência intervenção do Judiciário, sob pena de perecimento do direito da parte e de negativa ao acesso à justiça. (...)

3.3 ALEMANHA

No direito alemão, em geral, as medidas de urgência possuem função eminentemente cautelar (einstweiligen Verfügungen) e não antecipatória de mérito (Rechtsfriedensfunktion), de modo que tendem a garantir a eficácia de um futuro pronunciamento judicial, sem, contudo, antecipar a decisão de fundo de direito perseguida pela parte. (...)

3.4 ARGENTINA

O direito processual argentino tem acompanhado a sistemática moderna das medidas urgentes, que visam a imprimir celeridade na fruição da tutela judicial por parte dos jurisdicionados, tendo a doutrina platense cuidado de reformular, sob forte influência de regimes estrangeiros, a simplista e clássica teoria que reduzia os processos urgentes às medidas cautelares. (...)

3.6 URUGUAI

No regime uruguaio, as medidas antecipatórias são reguladas como se fossem uma espécie de procedimento cautelar, tanto é que Jaime Greif afirma que “lo cierto es que la figura de la tutela anticipativa se inscribe en el marco de la tutela cautelar (Tit. II, Cap,II)” (...)

3.7 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Propositadamente, deixou-se para comentar por último a sistemática norte americana, especialmente por se tratar de país sujeito às tradições do common law, seguindo-se, pois, parâmetros parecidos com o da Inglaterra, em que o direito costumeiro prevalece sobre as regras positivadas (diametralmente oposto às nações ligadas ao civil law), as quais pouco influência exercem sobre a condução dos

processos pelos magistrados, que possuem ampla discricionariedade no controle do procedimento, das partes, dos advogados e de terceiros, como bem esclarece Antonio Gidi

Tem-se, portanto, que a tutela antecipada é instituto previsto e reconhecido também no direito estrangeiro como meio célere e eficaz a atingir a prestação jurisdicional, e para que o direito não pereça.

A atual redação do Código de Processo Civil tornou a tutela antecipada mais parecida com o instituto previsto em outros países, como na Itália, onde já era possível à parte ver concedida a tutela antecipada antes mesmo do ajuizamento da ação principal, ou seja, exatamente como prevê o novo CPC do Brasil.

Nos Estados Unidos o sistema jurídico é bem diverso do Brasil, e as tutelas antecipadas são concedidas com base nos costumes, e não no direito positivado.

Existem distinções entre os países, mas o que é de relevo destacar é que o instituto da tutela antecipada é previsto em diversos países sempre com o objeto de imprimir mais celeridade à prestação jurisdicional.

3. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

O processo judicial por prática de ato de improbidade administrativa está previsto de forma detalhada no art. 17, da Lei federal no. 8.429, de 1.992, a chamada LIA.

Reza o art. 17, *caput*, da LIA, que

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Lê-se do dispositivo transcrito que a ação principal por ato de improbidade administrativa segue o rito *ordinário*, que é aquele previsto pelos art. 282, e seguintes do Código de Processo Civil.

A ação principal pode ser proposta pelo e. Ministério Público, com legitimidade também garantida pelo art. 129, da Constituição Federal, ou, ainda, pela pessoa jurídica interessada, que é a *administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do*

Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei, conforme descrito no art. 1o., caput, da LIA.

Para a propositura da ação principal não é necessário que se tenha proposto prévia ação cautelar, mas no caso de proposta ação cautelar, e concedida a medida liminar, o prazo para a propositura da ação principal é de 30 (trinta) dias, sob pena de intempestividade.

É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, conforme reza o art. 17, § 1o., da LIA.

Com todo efeito, o e. Ministério Público do Estado de São Paulo ou a pessoa jurídica interessada, após proposta a ação principal, não estão autorizados a realizar transação, acordo ou conciliação com os réus, uma vez que o direito protegido em ação de improbidade é indisponível.

É cediço em direito que só existe e só se configura um ato de improbidade administrativa se nele existir o elemento subjetivo do *dolo*.

A ausência de dolo ou má-fé desnatura por completo o ato de improbidade administrativa, nos termos regidos pela Lei federal no. 8.429, de 1.992, e conforme o e. Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido.

Sem a figura do dolo resulta e é virtualmente impossível a caracterização de improbidade em ato algum de autoridade, ou de quem quer que seja.

Com todo efeito, tanto na doutrina quanto sobretudo na jurisprudência superior é pacífico e convergente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa deverá ser manejada para os casos em que fica inequivocamente demonstrado que o agente público *utilizou-se de expediente que possa ser caracterizado como de má-fé*, com a nítida intenção de beneficiar-se pela lesão ao erário, e apenas assim.

O elemento subjetivo dos tipos contidos da LIA é o dolo e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se às custas do erário, enriquecendo-se em detrimento do Poder Público.

Com efeito, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça é uníssona ao afirmar que os atos de improbidade apenas caracterizar-

se-ão se houver demonstração da *má-fé do agente público* ou do terceiro, como se verifica no julgado proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. LAURITA VAZ, 2T, REsp no. 269.683/SC, julg. 6.8.2002.

Tal entendimento se encontra totalmente pacificado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, conforme se lê do assaz de vezes suscitado julgamento do REsp no. 213.994/MG.

Denota-se assim que a jurisprudência superior é pacífica e convergente no sentido de que sem o dolo, a má-fé, a desonestidade demonstrada, não se configura o ato de improbidade administrativa.

E, ainda, prestigiando este posicionamento de que a Lei no. 8.429/92 não é direcionada ao agente público desastrado ou inábil, o mesmo e. STJ pacificou que a má-fé é a premissa do ato ímprobo, mesmo que o ato praticado seja ilegal, pois sem este liame não há improbidade:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito (STJ, Rel. Min. LUIZ FUX, REsp no. 480.387/SP, 1T, DJ de 24.5.2004, p. 163)

E, portanto, sem má-fé declarada e evidente não existe nem pode existir improbidade administrativa por parte de quem quer que seja, visto que ela é o componente básico, absolutamente essencial, dos três tipos elencados na Lei no. 8.429/92.

4. A TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

4.1. – A TUTELA ANTECIPADA E A LIA:

A Lei federal no. 8.429, de 1.992, não prevê a possibilidade de concessão de tutela antecipada, mas apenas de medida cautelar, sendo que os dois institutos, conforme acima demonstrado, não podem ser confundidos.

Ocorre, porém, que a tutela antecipada pode ser concedida em ações de improbidade com fulcro no Código de Processo Civil, cuja aplicação é subsidiária, sendo, porém, que o requerente deve sempre comprovar os requisitos exigidos pelo art. 303, do Novo CPC, e também a ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

O que é de mais relevo, porém, é o fato de que não se pode conceder a tutela antecipada em ações de improbidade quando houver perigo de irreversibilidade, sob pena de afronta ao direito ao contraditório e à ampla defesa, pilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, e conforme acima demonstrado a tutela antecipada difere da medida cautelar, e também da medida liminar – a medida cautelar se presta apenas a preservar o processo, enquanto a tutela antecipada é o meio eficaz de preservação do próprio direito envolvido. A medida cautelar tem por objetivo proteger a tutela que se busca, enquanto na tutela antecipada busca-se o provimento antecipado da própria tutela – e por esse relevante motivo, é preciso que o Magistrado tenha prudência ao conceder a tutela antecipada, e que pode constituir a antecipação da própria tutela sem o direito de defesa, considerando o sujeito como ímprobo sem qualquer mínimo direito de defesa, inclusive com a violenta indisponibilidade de bens do requerido, o que resta inconstitucional.

4.2. – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E PARA PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS:

A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme reza o art. 20, caput, da LIA.

Relevante disposição da LIA é a que exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para a perda da função pública, e também a suspensão dos direitos políticos, a evidenciar a impossibilidade de execução provisória da sentença quanto a essas duas referidas penas, e também a impossibilidade de concessão de tutela antecipada para essas duas penas, que são de extrema gravidade ao apenado, e, por isso, dependem do trânsito em julgado para serem efetivamente aplicadas na esfera administrativa e judicial.

A pena de perda de função pública não pode ser concedida em medida liminar, a não ser que o agente público, permanecendo no cargo, possa perturbar de alguma forma a coleta das provas do processo, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei federal no. 8.429, de 1.992, conforme já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em Medida Cautelar no. 5.214-MG, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 10.6.2003.

4.3 – A INDISPONIBILIDADE DE BENS EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA:

Tema tormentoso e que tem ensejado grande celeuma é o relativo à decretação de indisponibilidade de bens do acusado em sede de tutela antecipada, ou de medida liminar.

É cediço em direito que para a concessão do requerimento de indisponibilidade de bens deve ser observado o *devido processo legal*.

MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA, E WALDO FAZZIO JÚNIOR³, em obra elaborada em conjunto, professam que:

O art. 5o., inciso LIV, da CF, estabelece como direito fundamental que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, donde se conclui que a manutenção de bens e direitos, sem restrições, ainda que contestados por terceiros, é direito individual que se projeta no processo com um direito do réu. Sem provimento judiciário final adotado no devido processo legal, ninguém será desapossado de seus bens.

A restrição ao referido direito constitucional só se justifica quando a medida se entremostran indispensável e se adotado nos estritos limites dessa indispensabilidade.

A lição é de clareza solar: ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, que é aquele em que são conferidos o contraditório e a ampla defesa.

³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias, e FAZZIO Júnior, Waldo, *Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, São Paulo: Atlas, 1.996. p. 177.

CARLOS MÁRIO VELLOSO FILHO⁴, em obra em que é co-autor, preleciona que

Não é difícil perceber que ambas as cominações retromencionadas, importando privação de bens, só podem ser aplicadas após o devido processo legal, ante a expressa dicção do art. 5o., LIV, da Constituição Federal, onde se lê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (...)

A indisponibilidade só se legitima enquanto medida cautelar, destinada a assegurar o resultado útil do processo principal, pois do contrário atentaria contra os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (arts. 5o., LIV e LV, da CF).

O trecho transcrito reza em medida cautelar, mas o que importa ao caso presente é que o direito à propriedade é direito constitucional, cujo perdimento por medida judicial só se faz após o devido processo legal, conferidos, repita-se, o contraditório e a ampla defesa do acusado.

No mesmo diapasão são as lições de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS⁵:

Somente com “fundados indícios de responsabilidade”, que significam dizer que eles poderão ser desconstituídos no curso da lide, com a devida dilação probatória e ampla defesa, é que será deferida a liminar de seqüestro de bens

E sobre o tema, preleciona MARCELO FIGUEIREDO⁶:

Também aqui a exigência de documentação hábil a comprovar a figura do enriquecimento ilícito; do contrário, será arbitrário seu deferimento. Sem tais requisitos será impossível dar trânsito ao pedido de indisponibilidade.

⁴ VELLOSO Filho, Carlos Mário, *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2.001. p. 101/108.

⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, *O Limite da improbidade administrativa*, 3a. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2.006, p. 620.

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo, *Probidade Administrativa*, São Paulo: Malheiros, 1995. p. 34.

E no caso de tutela antecipada, devem ser atendidos os requisitos do art. 303, do Novo CPC, com a demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

E para tal concessão ser decretada em sede de tutela antecipada, o requerente deve demonstrar o preenchimento dos requisitos e exigências contidos no art. 303, do Novo CPC, conforme aqui já iterado.

Ainda sobre o tema, já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial no. 769.350/CE, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2a. Turma, julgado em 6.5.2008, e publicado *in DJe* de 16.5.2008, com o seguinte excerto:

5. Além da fumaça do bom direito e do perigo da demora, que não existe no caso em apreço, é de se somar a esses requisitos a própria razoabilidade para essa constrição, uma vez que não passaria deferir-se a indisponibilidade de todos os bens do réu pelo crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que nem sequer existe a possibilidade de inadimplemento do réu após comprovada a extensão do dano, como reconheceu o acórdão recorrido (enquadramento fático).

6. Não fosse assim, só o fato do ajuizamento da ação civil pública de improbidade poderia ensejar, automaticamente, a indisponibilidade de todos os bens do réu, o que é inaceitável e foge da lógica jurídica, máxime quando contrastada essa hipótese com os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e razoabilidade

E sobre esse relevante tema, já ensinou com absoluta propriedade o Excelentíssimo Ministro ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI ⁷:

Observa-se, por fim, que decretação da indisponibilidade de bens não pode constituir mero expediente para facilitar a execução de eventual sentença condenatória, pois tal se mostra absolutamente incompatível com os direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, dentre os quais se destaca o de propriedade, que representa pilar fundamental do sistema econômico por ela adotado.

Ademais, para a decretação de indisponibilidade de bens, não basta o simples requerimento do Ministério Público, mas, sim, é

⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2.001. p. 163.

necessária a comprovação de que o requerido tentou alienar ou desfazer-se de bens, conforme ensina o Ministro do e. STF, ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI⁸, ao citar acórdãos do e. Tribunal de Justiça de São Paulo:

Como corretamente reparou o Des. Rubens Elias no AI no. 6.670-5, julgado pela 9a. Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, não basta um simples requerimento do Ministério Público, externando subjetividade, para o deferimento da medida, na ausência de indícios de que os réus tenham procurado, por qualquer modo, alienar ou transferir seus bens para furtar-se ao ressarcimento ao erário.

No mesmo sentido, a 2a. Câmara Civil da Suprema Corte Paulista, no AI no. 239.734-1, relatado pelo Des. Roberto Bedran, decidiu que “o perigo deve representar uma situação de objetividade fática, perfeitamente demonstrável, e não significar, tão-somente, injustificado temor de quem exagere em sua avaliação subjetiva, cabendo ao juiz avaliar esse estado no caso concreto.

Tem-se, portanto, que a decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa deve ser precedida de contraditório e da ampla defesa do acusado, e, ainda, se o provimento for concedido em tutela antecipada devem estar presentes os requisitos do art. 303, do Novo CPC, objetivamente demonstrados, tudo isso conforme ensina a mais autorizada doutrina, e a jurisprudência existente.

Além disso, *a indisponibilidade dos bens é medida de caráter excepcional, somente se justificando quando demonstrado nos autos prática de atos de alienação de bens com vistas a frustrar a execução*, conforme já decidiu o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento no. 990.10.021166-8-Mogi das Cruzes, relatora Desembargadora CRISTINA COTROFE, 8a. Câmara de Direito Público, julgado em 16.6.2010.

É forçoso concluir, de tal sorte, que a tutela antecipada para indisponibilidade de bens somente pode ser concedida se preenchidos os requisitos do art. 303, do Novo CPC, e sempre com muita prudência e cautela do Magistrado, mesmo porque conforme demonstrado a tutela antecipada é o adiantamento da prestação jurisdicional, e, por isso, o Juiz ao concedê-la deve levar em conta a irreversibilidade da medida adotada.

⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2.001. p. 162.

Além de tudo isso, a tutela antecipada para indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa deve levar em conta a ocorrência do dolo, da má-fé, e do prejuízo ao erário ou do locupletamento ilícito.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente no Recurso Especial no. 126.4707-BA, relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1a. Turma, julgado em 17.12.2015, com a seguinte ementa:

Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Medida cautelar incidental de indisponibilidade de bens dos réus. Desnecessidade da constrição proclamada pelo Tribunal de origem. Eventual provimento jurisdicional condenatório não padecerá de ineficácia, conforme se infere da moldura fática estabilizada pelo Acórdão a quo. Ausência dos requisitos para a concessão de medida acautelatória. Recurso Especial da União conhecido e desprovido.

1. *Cinge-se a controvérsia em saber se estão presentes os requisitos para a decretação da medida de indisponibilidade de bens dos Réus em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa.*

2. *O deferimento da indisponibilidade de bens do acionado, antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, sob o impacto do pedido do Ministério Público ou da Entidade Pública que alegadamente tenha sofrido a lesão ou dano - ainda que de monta - ou sob a pressão da mídia, para aplacar a sede de vingança ou de resposta que a sociedade justamente exige, mas há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade.*

3. *A constrição de bens não deve ser entendida como se fosse sanção patrimonial antecipada do Agente Público, mas sim cautela processual, e que é da natureza das medidas cautelares a prévia demonstração da sua necessidade, conforme estabelecem os arts. 798 do CPC, 7o. da Lei no. 8.429/92 e 12 da Lei no. 7.347/85.*

4. *O Tribunal de origem consignou que a medida cautelar de bloqueio de bens é despicienda, não apenas pelo reduzido valor pretendido na Ação Civil Pública (R\$ 29.070,86 - fls. 27), assim como pela possibilidade de o ressarcimento de bens ao Erário ser solvido por todos e cada um dos Réus, onze ao total.*

5. *Referida conclusão não merece reparos, pois não há o fumus de que a garantia processual é imperiosa ao cumprimento da pretensão decisão judicial condenatória, dadas as circunstâncias do caso concreto. Desvelou-se que, na hipótese de condenação futura, o provimento jurisdicional não padecerá de ineficácia, consoante se infere da moldura fática estabilizada pelo Acórdão a quo.*

6. *Ausentes os requisitos para a concessão de medida cautelar, deve ser mantido o julgado a quo que indeferiu a indisponibilidade de bens do Réus.*

7. *Recurso Especial da UNIÃO conhecido e provido.*

Salta aos olhos, portanto, que a tutela urgente de indisponibilidade de bens deve ter amparo nos requisitos do *fumus boni juris*, e do *periculum in mora*, e, ainda, deve ser observado o *princípio da razoabilidade*, uma vez que, conforme consta do venerando acórdão ora colacionado, o deferimento da indisponibilidade de bens *não deve ser praticado à mão larga*.

Outro elemento de relevo é o fato de que existe jurisprudência no sentido de que a indisponibilidade de bens deve cingir-se ao suposto dano ao erário.

Com todo efeito, o bloqueio só pode recair sobre o acréscimo patrimonial indevido, e, portanto, não pode ser permitida a decretação de indisponibilidade de *todos os bens do requerido em ação de improbidade administrativa*.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que a indisponibilidade de bens dos réus *deve ser limitada ao valor do dano ao erário*. É o que se lê do r. acórdão proferido em Agravo de Instrumento no. 2149245-66.2014.8.26.0000, rel. Des. HELOÍSA MARTINS MIMESSI, 5a. Câmara de Direito Público, julgado em 13.4.2015, com a ementa:

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Responsabilidade Civil por Atos de Improbidade Administrativa.

Indisponibilidade de bens dos réus. Possibilidade, desde que limitada ao valor do dano ao erário. Responsabilidade solidária, até instrução final. (.....)

Excesso de bloqueio com relação a um dos agravantes.

Recurso provido em parte.

E consta do v. voto condutor:

Diante de tais circunstâncias, o total bloqueado deve ser, de fato, reduzido, sob pena de se onerar o acusado com a indisponibilidade de seus bens em montante superior ao permitido em lei.

No mesmo sentido, é o venerando acórdão proferido pelo e. TJSP, no AI no. 2141962-89.2014.8.26.0000, relatora Des. MARIA OLÍVIA ALVES, julgado em 9.2.2015, que decidiu que:

Indisponibilidade, todavia, que deve se limitar ao valor do dano ao erário.

6. BREVE CONCLUSÃO.

A tutela antecipada pode perfeitamente ser concedida em ações de improbidade com fulcro no Código de Processo Civil, cuja aplicação é subsidiária, sendo que o requerente deve sempre comprovar a existência dos requisitos exigidos pelo art. 303, do Novo CPC, e também a ocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Em ações de improbidade administrativa, a tutela antecipada em geral é concedida para dois efeitos, que são: o afastamento do servidor público, ou a indisponibilidade de bens.

O afastamento do agente público somente pode ser concedida em sede de tutela antecipada, se o servidor, permanecendo no cargo, possa perturbar de alguma forma a coleta das provas do processo, conforme já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em Medida Cautelar no. 5.214-MG, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 10.6.2003.

A indisponibilidade de bens pode ser concedida em tutela antecipada desde que comprovados o *fumus boni juris*, o *periculum in mora*, e a ocorrência dos requisitos do art. 303, do Novo Código de Processo Civil.

E o bloqueio ou indisponibilidade só pode recair sobre o acréscimo patrimonial indevido, e, portanto, não pode ser permitida a decretação de indisponibilidade de todos os bens do requerido indistintamente.

O Juiz, ao decretar a tutela antecipada de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa deve levar em conta se verifica a ocorrência do dolo ou da má-fé do requerido.

Além disso, e conforme demonstrado, a tutela antecipada é o adiantamento da prestação jurisdicional, e, por isso, o Juiz ao concedê-la deve levar em conta a irreversibilidade da medida adotada, e, portanto, tem perfeita aplicação no caso o *princípio da razoabilidade*.

7. BIBLIOGRAFIA.

FIGUEIREDO, MARCELO, *Probidade Administrativa*, São Paulo: Malheiros, 1995.

LEWANDOWSKI, ENRIQUE RICARDO, *Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2.001

LIMA, TIAGO ASFOR ROCHA, *Antecipação dos efeitos da tutela*, Bahia: Editora Podivm, 2.009.

MATTOS, MAURO ROBERTO GOMES DE, *O Limite da improbidade administrativa*, 3a. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2.006

PAZZAGLINI FILHO, MARINO; ROSA, MÁRCIO FERNANDO ELIAS, e FAZZIO Júnior, Waldo, *Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, São Paulo: Atlas, 1.996.

VELLOSO FILHO, CARLOS MÁRIO, *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2.001.

EFEITOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*João Paulo Hecker da Silva**

*Ronaldo Vasconcelos***

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Colaboração premiada. 3. Estrutura da Lei de Improbidade Administrativa. 4. Suspensão de direitos políticos. 5. Proibição de contratar com a administração pública. 6. Multa civil e ressarcimento integral do dano. 7. Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente e perda da função pública. 8. Encerramento

1. INTRODUÇÃO.

A necessidade de exercício efetivo do *ius puniendi estatal* exige uma remodelação dos dispositivos que disciplinam essa forma de manifestação do poder estatal. Ao lado de dispositivos de natureza meramente sancionatória, passa-se, com efeito, a serem previstos dispositivos que visam a estimular um certo comportamento de investigados pela prática de atos ilícitos. Trata-se das denominadas normas premiais, por meio das quais o Estado retribui o comportamento por ele desejado com o não exercício de uma de suas prerrogativas.

No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por exemplo, prevê-se a possibilidade de ser celebrado acordo de leniência

(*) Mestre e Doutor em direito processual pela USP. Professor convidado do curso de pós-graduação do Mackenzie. Conselheiro e Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo-CEAPRO. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual-IBDP. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual-IIDP. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem-CBAr. Advogado em São Paulo.

(**) Doutor e Mestre (USP/SP). Professor dos Departamentos de Direito Processual Civil e Comercial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Conselheiro e Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo-CEAPRO. Secretário do Instituto Brasileiro de Direito Processual-IBDP. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual-IIDP. Advogado em São Paulo.

com pessoas físicas e jurídicas que resultem na extinção da ação punitiva da administração pública ou na redução de um a dois terços da penalidade aplicável desde que da colaboração dos autores de infração à ordem econômica resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (Lei no. 12.529/2011, art. 86).

Em sentido semelhante, a Lei no. 12.846 de 2013 (Lei Anticorrupção) autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, a celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos ilícitos previsto nesta Lei desde que desta colaboração resulte; a identificação dos demais envolvidos na infração, a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação e o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de controle e fiscalização (art. 16).¹

Estes dois exemplos demonstram que o Estado pode dispor da ação penal em face de um determinado sujeito, se do comportamento deste resultar um determinado objetivo que o Estado igualmente visa a alcançar. A renúncia a uma determinada prerrogativa estatal se justifica, pois, diante dos benefícios públicos que daí poderão advir. A não punição a um determinado infrator, com efeito, à luz do interesse público na efetiva persecução penal, pode ser justificada, por exemplo, se este infrator contribuir para que outros responsáveis pelo ilícito sejam igualmente responsabilizados.

O direito penal é regido pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. Esses princípios, aplicados como verdadeiros dogmas ao tempo do Código Penal de 1941 para firmar posição de que o Promotor não pode transigir, desistir ou renunciar à ação penal, hoje merecem certa flexibilização e compatibilização com os novos valores da sociedade e da legislação mais moderna.

Há alguns anos se verifica a quebra desses dogmas. A Lei no. 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, é

¹ Ver: Paulo Henrique dos Santos Lucon, “Procedimento e sanções na Lei Anticorrupção” *in* Revista dos Tribunais, São Paulo, no. 947, p. 267-279, setembro de 2014.

exemplo disso porque no art. 25, § 2o. é disposto que os crimes *cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços*. Na Lei no. 8.072/1990, que definiu os crimes hediondos, há redução de pena para o *participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento*. Na Lei no. 11.343/2006, nova Lei Antitóxicos, prevê benefício para o traficante de drogas colaborador da Justiça com redução de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Com a edição, em 1999, da Lei no. 9.807, o benefício da delação premiada foi estendido a autores de quaisquer crimes, podendo, portanto, ser aplicado genericamente, inclusive com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e com a concessão de perdão judicial.²

Neste contexto, portanto, de relativização da noção de indisponibilidade de prerrogativas públicas em prol da obtenção de outros objetivos legítimos perseguidos pelo Estado, procurar-se-á analisar neste artigo alguns aspectos da colaboração premiada, prevista na Lei no. 12.850/2013, e seus possíveis reflexos na Lei de Improbidade Administrativa.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA.

De acordo com o art. 4 da Lei no. 12.850 de 2013, uma vez requisitado, o juiz poderá conceder àquele que celebrar acordo de delação premiada (I) o perdão judicial, (II) a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou (III) a substituição dessa pena por uma pena restritiva de direitos, se o investigado colaborar efetiva e voluntariamente com o processo e se dessa colaboração resultar: (I) a identificação de demais coautores; (II) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa que ele integra; (III) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (IV) a recuperação total ou parcial do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e (v) a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

² LUCIENE ANGELICA MENDES, O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos, acesso em 20.4.2016: https://www.wcl.american.edu/brazil/documents/OacordodevontadesnoprocessocriminaldoBrasiledosEstadosUnidos_000.pdf.

Além disso, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se ele for o primeiro a prestar efetiva colaboração (Lei no. 12.850/2013, art. 4o., § 4o.). Considerando ainda a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, poderá requerer ao juiz a concessão do perdão judicial ao colaborador. Para seleção de qual medida adotar, a lei determina que o juiz deverá levar em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração realizada (Lei no. 12.850/2013, art. 4o., §1o.).

O instituto da colaboração premiada consiste, por outro lado também, em um meio de obtenção de prova cuja fonte é um dos autores do ilícito. Por conta disto, por exemplo, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento único nas declarações do colaborador.

O fato de o valor probatório da colaboração depender de outros meios de prova, não desnatura, contudo, o interesse público em sua realização, de modo que para maximização de sua eficácia deve ser averiguada a esfera de direitos que o Estado está legitimamente autorizado a dispor para contar com a colaboração de um infrator. Muitas vezes, a colaboração pode possibilitar o alcance pela autoridade policial a provas novas ou mesmo abrir frentes de investigação novas. Esta análise deve ser feita de acordo com cada ramo do direito violado. Pode-se estabelecer assim, que o disposto na Lei no. 12.850 de 2013 consiste em uma diretiva geral a ser adaptada de acordo com as características de cada ramo do direito material violado.

A eficácia da colaboração premiada está a depender da necessidade de serem levados em consideração os interesses do colaborador e os anseios do Estado na obtenção de informações que podem surgir de eventual acordo de delação premiada. Nesse juízo de ponderação, quanto menor for a disposição do Estado em atenção aos interesses do colaborador, menores serão as informações por este reveladas. Enfim, como se extrai do próprio nome, colaboração premiada consiste em verdadeiro prêmio ao colaborador como medida oriunda de uma política pública do Estado no incentivo ao combate da prática de crime e na obtenção de novas informações que possam levar a uma extensão da repressão à atividade criminosa. Assim, quanto mais útil a informação, maior o prêmio ao

colaborador. E esse prêmio deve ser de tal forma vantajoso ao criminoso que o incentive a colaborar de fato e a quebrar as amarras sociais e do crime que o prendem à negativa pecha de “dedo duro”, “traíra”, “cabueta”, “cagueta”, “alcaguete”, “X9”, “ganso”, “dedo de seta”, “língua solta”, “bate pau”, enfim, “delator”.

Dessa forma, nos limites deste breve artigo, procurar-se-á investigar as possíveis aplicações dos acordos de colaboração premiada para os casos que ensejam a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

3. ESTRUTURA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

O processo, enquanto instrumento da jurisdição estatal, presta-se a dar atuação às normas de direito material. Sem desconsiderar a contribuição da teoria geral do processo para a compreensão de fenômenos comuns à processualística, tem-se que cada processo deve ser analisado segundo as particularidades do direito material que ele visa a atuar. *A partir dessa visão, o binômio direito-processo passou a ser relativizado, sem que isso desfizesse a autonomia existente entre ambos. A partir dessa visão também se passou a olhar o processo como instrumento de efetivação do direito material, com que se ressaltou seu caráter instrumental.*³

Processo efetivo, conforme exige a Constituição Federal, é aquele adequado às exigências do direito material. Assim, se o processo que visa à atuação de normas de direito civil se destina a assegurar ao titular do direito material violado aquilo a que ele teria direito se a violação não tivesse ocorrido e o direito processual penal se presta a instrumentalizar o exercício do *ius puniendi* estatal, o processo que visa a atuar dispositivos presentes na Lei de Improbidade Administrativa apresenta uma natureza mista, já que combina a reparação civil com punição ao agente público improbo. Por conta desta natureza dúplice, por exemplo, o *standard* probatório aplicado aos processos que veiculam pretensão punitiva por ato de improbidade administrativo deve ser mais rigoroso do que aquele aplicável às demandas cíveis.⁴

³ Ver: JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, *Processo Societário: tutelas de urgência e da evidência*, Brasília Jurídica, Brasília, 2014, p. 64.

⁴ Ver: DANILO KNIJNIK, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Não se nega que um mesmo fato pode dar ensejo a sanções independentes nas esferas penal, cível e administrativa. Aliás, a tipicidade de cada uma delas justifica essa independência, até pelas consequências desse ato ilícito para cada uma delas. Analisadas essas três esferas de direito em compartimentos estanques, tal afirmação parece limitar, e muito os efeitos da colaboração premiada na lei de improbidade administrativa.

Essa conclusão precipitada e apriorística até encontra algum respaldo em julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no qual se decidiu que *a delação premiada tem aplicação restrita à esfera penal, não alcançando as demais sanções por improbidade administrativa*.⁵ Mesmo com essa posição, o próprio tribunal reconhece em outro julgado ser *necessária a adequação das penas à gravidade do ato praticado (...) mesmo que o instituto da delação premiada não se destine ao caso dos autos, a contribuição do recorrente à justiça, aliado à confissão firmada em juízo, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade levam à diminuição da multa civil de duas vezes para uma vez o valor do dano causado ao erário*.⁶ Ou seja, de uma forma ou de outra, é evidente que a colaboração premiada gera efeitos na aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Cabe apenas, portanto, definir seus limites.

A Lei de Improbidade Administrativa considera o ato ímprobo sob três aspectos: (i) atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito (art. 9o.), (ii) atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário (art. 10) e (iii) atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).⁷ Sob o primeiro aspecto, será considerado ímprobo o ato que resultar na obtenção de qualquer vantagem patrimonial indevida em razão de cargo, mandato, atividade ou função nas entidades públicas, recebendo, percebendo, utilizando, adquirindo, aceitando emprego, incorporando ou até usando em proveito próprio bens e rendas (art. 9o.).

⁵ TJ-DF, 2a. T.Civ., APC 20110110453902, Rel. Des. CARMELITA BRASIL, j. 9.7.2014.

⁶ TJ-DF, 2a. T.Civ., APC 20050110626076, Rel. Des. CARMELITA BRASIL, j. 11.9.2013.

⁷ Ver: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Liticonsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa” in *Improbidade Administrativa – Questões polêmicas e atuais* (org. Cassio Scarpinella Bueno; Pedro Paulo de Rezende Filho), São Paulo: Malheiros, 2011.

Com relação ao segundo aspecto, constituirá ato ímprobo aquele que causar lesão ao erário, por qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial à Administração Pública (art. 10). Também consiste em ato de improbidade administrativa aquele que contraria princípios norteadores da Administração Pública, ou seja, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, configura uma violação à Lei de Improbidade Administrativa (art. 11).

As penas a serem impostas a estes atos estão previstas, por sua vez, no art. 12 da Lei no. 8.429/1992. Segundo tal dispositivo, as sanções para a prática de atos de improbidade administrativa independem de outras sanções penais, civis e administrativas, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Para os atos que importam enriquecimento ilícito do agente (art. 9) poderão ser impostas as penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o dever de ressarcimento integral do dano, a perda de função pública, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito a dez anos, o pagamento de multa civil em até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, a proibição de contratar com a Administração e de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, de forma direta e indireta, pelo prazo de dez anos (art. 12, inc. I).

Já para os casos de atos de improbidade administrativa que resultam em prejuízo ao erário podem ser impostas as seguintes penas: dever de ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco a até oito anos, pagamento de multa civil em valor correspondente a até duas vezes o valor do dano, bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de cinco anos (art. 12, inc. II).

Por fim, com relação aos atos de improbidade administrativa que implicam violação aos princípios que regem a administração pública, ao agente que incorrer em um desses atos poderá ser imposto: o dever de ressarcimento integral do dano causado, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três a até cinco anos, o pagamento de multa civil em valor correspondente a até cem vezes o valor

da remuneração percebida pelo agente e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de três anos (art. 12, inc. III).

Para a fixação dessas penas, o legislador atribui ao julgador certa margem de discricionariedade a ser exercida em virtude da extensão do dano causado e do proveito econômico obtido pelo agente (art. 12, par. único).

O julgador, por seu turno, ao aplicar cada uma dessas penas, em atenção ao dever de fundamentação, deve apontar, indicar e fazer menção aos elementos de fato contidos nos autos que embasam a condenação em grau máximo ou mínimo às penas previstas. Quando os incisos I, II ou III do art. 12 tratam, por exemplo, da aplicação de suspensão de direitos políticos, impõe-se ao juiz o dever de explicitar na sentença as razões de fato para aplicação não só da suspensão de direitos políticos, mas principalmente para sua fixação de oito até dez anos (inc. I), de cinco até oito anos (inc. II) ou mesmo de três a cinco anos (inc. III).⁸

O mesmo raciocínio deve ser empregado com relação ao pagamento de multa e à proibição de contratar com a administração pública. Para a fixação da pena por ato de improbidade administrativa em grau mínimo, portanto, o julgador deve justificar com base nos elementos dos autos o porquê da conduta do agente não merecer uma reprimenda agravada.

Do mesmo modo, para imposição da pena máxima, o julgador deve demonstrar a necessidade de majoração da pena, de modo a individualizar cada um dos motivos que ocasionaram referido agravamento.⁹

A Lei de Improbidade Administrativa, assim, exige que a sanção aplicada seja diretamente proporcional às características das partes envolvidas – capacidade econômica e social do agente, antecedentes do autor – e do ato ímprobo em si – gravidade, repercussão no meio social, extensão do dano. Toda essa atividade justificativa revela a incidência do

⁸ Ver: JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, “Fundamentação da Sentença nas Ações de Improbidade Administrativa” in *Improbidade Administrativa. Aspectos processuais da Lei n. 8.429/92*, 2a. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 255-280, esp. p. 257.

⁹ Ver: JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, “Fundamentação da Sentença nas Ações de Improbidade Administrativa” in *Improbidade Administrativa. Aspectos processuais da Lei n. 8.429/92*, 2a. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 255-280, esp. p. 258.

princípio da proporcionalidade na aplicação da pena ao delito praticado e por consequência explícita a predisposição do Estado à disponibilidade dessas sanções.¹⁰ Essa predisposição se torna ainda mais evidente após ter sido *revogado* o art. 17, § 1o. da Lei no. 8.429/1992 que estabelecia ser *vedada a transação, acordo ou conciliação* nas ações de improbidade administrativa.

Isso significa, portanto, que em atenção ao interesse público na obtenção de informações por meio de acordos de colaboração premiada passa a ser possível a disposição por parte do Estado de algumas das sanções previstas para a prática de atos de improbidade administrativa.

Desse modo, à luz das diretivas gerais previstas na Lei no. 12.850/2013, passa-se a analisar possíveis conteúdos dos acordos de colaboração premiada que tenham como substrato fáticos atos de improbidade administrativa.

4. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS.

Dentre as penas previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, como visto, está a suspensão de direitos políticos do agente que comete ato de improbidade administrativa. Essa suspensão pode se dar pelo prazo de oito a até dez anos (art. 12, inc. I), de cinco a até oito anos (art. 12, inc. II), ou então, de três a cinco anos (art. 12, inc. III). Isso significa que a gradação dessa pena deve ser justificada faticamente, a fim de que o juiz exponha as razões para fixação no grau mínimo, máximo ou em qualquer outro patamar entre esses dois limites dados por cada um desses incisos.¹¹ Essa possibilidade de disposição judicial a respeito do período de suspensão dos direitos políticos indica a predisposição do Estado a dispor a respeito da aplicação dessa sanção.

¹⁰ Ver: *Tendo em vista o caráter diminuto da lesão gerada ou a pequena gravidade da conduta ímproba, não terá nenhum sentido a aplicação de todas as sanções cabíveis, posto que se estaria equiparando o réu para outrem, sujeito ativo de improbidades mais graves* (MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA, WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade administrativa, aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 3a. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 212).

¹¹ Ver: JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, “Fundamentação da Sentença nas Ações de Improbidade Administrativa” in *Improbidade Administrativa. Aspectos processuais da Lei n. 8.429/92*, 2a. ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 255-280.

A Lei no. 12.850/2013 prevê como um dos benefícios a ser concedido ao colaborador a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade (art. 4o.). Considerando a analogia existente entre a pena privativa de liberdade e a pena de suspensão de direitos políticos, tem-se, portanto, como cabível a redução nessa mesma proporção das penas previstas na Lei no. 8.429/1992. Assim, por exemplo, se um determinado magistrado considerar que o ato ímprobo praticado pelo colaborador poderia ensejar a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de nove anos (art. 12, inc. I), tendo sido efetiva a colaboração realizada, poderá referida pena ser reduzida em acordo de colaboração para até três anos (redução de dois terços).

Ou então, tal como ocorre com os casos de perdão judicial, poderá o Estado renunciar à aplicação de referida pena. Tudo estará a depender da relevância das informações fornecidas pelo agente colaborador. Quanto mais significativa elas forem para a satisfação do interesse público no desmantelamento de organizações criminosas, maior a justificativa para atos de disposição do poder público. Trata-se, portanto, de um juízo casuístico a ser realizado à luz das particularidades de cada caso concreto. O que se deve ter em mente é que a aplicação da colaboração premiada para os casos que envolvem fatos relacionados à Lei de Improbidade Administrativa autoriza que seja objeto de acordo eventual redução de prazo ou até mesmo não aplicação da pena de suspensão de direitos políticos.

5. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Raciocínio semelhante ao que se acabou de realizar também pode ser aplicado às penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa de proibição de contratar com a administração pública. A disponibilidade desta pena é ainda mais evidente dado envolver aspectos patrimoniais da administração pública que compõem o denominado interesse público secundário. Assim, por exemplo, como as penas de proibição de contratação com a administração pública podem variar entre os prazos de dez, cinco ou três anos (art. 12, incs. I, II e III), possível também a redução em até dois terços dessa pena ou até mesmo a sua não aplicação caso as informações obtidas pelo colaborador sejam relevantes para a investigação.

A possibilidade de transação dessa pena é relevante principalmente para os casos em que os acusados de improbidade administrativa são grandes empresas que possuem diversos contratos com a administração pública. A possibilidade de manutenção desses contratos com a não imposição dessas penas é um forte estímulo à colaboração a fim de se preservar as atividades da empresa.

6. MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO.

Em todas as hipóteses de penas previstas para a prática de ato de improbidade administrativa está a imposição de uma multa civil. Por se tratar de uma questão patrimonial, também não se há de questionar a possibilidade e a adequação de eventual acordo de colaboração premiada envolver o não pagamento desta multa como contrapartida às informações oferecidas pelo agente colaborador. Do mesmo modo, poderá o Estado transigir a respeito do dever imposto ao agente ímprobo de ressarcir integralmente o dano aos cofres públicos por ele causado.

O interesse patrimonial do Estado, nestes casos, não se sobrepõe ao interesse público na obtenção de informações fornecidas pelo agente colaborador que podem por via indireta impedir perdas patrimoniais muito maiores por parte do Estado com o desmantelamento de uma determinada organização criminosa que o prejudica, por exemplo. Caso se ajuíze ação de improbidade administrativa com esses pedidos, em desrespeito, portanto, a acordo de colaboração premiada, a medida que se impõe é a extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de interesse processual.

7. PERDA DE BENS OU VALORES ACRESCIDOS ILICITAMENTE E PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA.

Dentre as penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa para a prática de atos ímprobos, as únicas que refogem ao campo de disposição do Estado são a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente colaborador (art. 12, incs. I e II) ou a perda de eventual função pública que ele exercer (art. 12, incs. I, II e III).

Não é possível o perdão judicial para estes casos, pois isso representaria um estímulo à torpeza do agente que praticou um ato ilícito e violaria um princípio da administração pública de que seus ocupantes devem ser reconhecidamente probos.

8. ENCERRAMENTO.

A efetividade do processo enquanto instrumento da jurisdição voltado à atuação das normas de direito material exige a reunião de um conjunto de fatores (procedimento adequado, tempestividade da tutela jurisdicional...), dentre eles está a colaboração dos sujeitos processuais. Para os casos de natureza penal, o instituto da colaboração premiada, previsto na Lei no. 12.850/2013, consiste em uma importante ferramenta de estímulo à participação do agente que cometeu um ato ilícito e que pode ter abrandada sua pena se em troca fornecer informações de interesse do Estado para o efetivo exercício de seu *ius puniendi*.

O instituto da colaboração premiada pode ser aplicado também nos casos de improbidade administrativa e deflagra seus efeitos às ações de improbidade. A revogação do art. 17, § 1o. da Lei no. 8.429/1992 torna ainda mais evidente à predisposição do Estado a dispor das sanções previstas nesta Lei.

Neste sentido, quanto maior for a disposição do Estado em abrir mão da aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, maior a possibilidade de se obter informações relevantes para o dismantelamento de organizações criminosas que tanto o prejudicam. É essa a Política Pública vigente de repressão à prática de crimes e ao dismantelamento de atividades criminosas organizadas.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE SOCIETÁRIA E RESPONSABILIZAÇÃO DE TERCEIROS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E NA LEI ANTICORRUPÇÃO

*Marçal Justen Filho**

A Lei Anticorrupção (Lei no. 12.846/2013) previu a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública. O exame de suas regras permite uma compreensão mais precisa da disciplina sobre temas similares adotada na Lei de Improbidade Administrativa (Lei no. 8.429/1992 - LIA).

I - O ÂMBITO SUBJETIVO DE VIGÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE

A LIA é orientada diretamente a reprimir condutas reprováveis praticadas por agentes administrativos, no desempenho de suas atividades funcionais. O art. 1º delimita o âmbito de vigência material do diploma, tal como se extrai do texto abaixo reproduzido:

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

O agente ativo da infração da Lei de Improbidade é basicamente o “servidor público”, utilizada a expressão numa acepção amplíssima para indicar todo aquele investido da condição de exercício de poderes jurídicos pertinentes à Administração Pública.

Na sua disciplina imediata, a LIA não alcança a conduta dos sujeitos privados. Assim se passa porque toda e qualquer infração sancionável

(*) Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC/SP, advogado.

pela LIA pressupõe a participação de um agente público. Essa orientação foi reafirmada pelo próprio STJ, em decisão que despertou a atenção dos especialistas (caso “Chatô”)¹. Naquele julgamento, ficou definido o seguinte:

IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes (REsp no. 1.405.748, 1T, rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF4), rel. p/ acórdão Min. Regina Helena da Costa, j. 21.5.2015, DJe de 17.8.2015).

Muitas das infrações da LIA se aperfeiçoam mediante a atuação isolada de um agente público. Assim se passa nos casos em que o ocupante de uma função estatal prevalece-se de sua posição para auferir benefícios indevidos para si próprio.

Mas o art. 3º. da LIA prevê a extensão do regime da improbidade administrativa também a sujeitos privados, nas hipóteses em que um sujeito privado participe da infração ou dela se beneficie indevidamente. O dispositivo tem a seguinte redação:

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

O STJ, no julgamento do REsp no. 1.405.748 – acima referido, firmou o seguinte entendimento:

III - A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

¹ Sobre o tema, confira-se: OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Chato, o rei do Brasil” e improbidade administrativa sem agente público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, no. 19, p. 59-73, jul./ago, 2015.

Para os fins do art. 3o. da LIA, é indiferente se o sujeito privado é pessoa física ou jurídica. O tratamento jurídico reservado a ambas as figuras é idêntico.

A LIA contempla uma hipótese de desconsideração da pessoa jurídica de modo expreso. No art. 12, incs. I a III, está determinado que o sancionamento pela improbidade poderá consistir na *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*.

A LIA afasta a distinção entre o sócio – condenado por improbidade – e as pessoas jurídicas em que tiver participação societária majoritária. Mas tal apenas se aplica para o específico efeito da proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

II - O REGIME DA LEI NO. 12.846/2013

A Lei no. 12.846 disciplinou um outro regime de combate à corrupção, tipificando condutas reprováveis praticadas por sujeito privado. A Lei tem por finalidade inclusive incorporar ao direito brasileiro as regras da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 1997 e promulgada no Brasil por meio do Decreto no. 3.678/2000.

No art. 5o., a Lei Anticorrupção especifica as condutas infracionais, que envolvem práticas de corrupção (ainda que meramente tentadas). Os atos de corrupção referidos no art. 5o. podem envolver a atuação exclusiva de sujeitos privados. Assim, por exemplo, existirá infração punível quando diversos agentes privados atuarem em conluio numa licitação. O aperfeiçoamento da infração não exigirá a participação de um agente público.

Mas haverá casos em que o ilícito resultará da atuação concertada entre agentes privados e públicos. Aliás, há hipóteses em que uma mesma conduta reprovável é tipificada pela LIA no tocante à conduta do agente público e pela Lei Anticorrupção relativamente ao agente privado².

² Nesse sentido, confirmam-se os arts. 10, inc. VIII da LIA e o art. 5o., inc. IV da Lei no. 12.846.

A Lei Anticorrupção estabelece que a responsabilidade das pessoas jurídicas será objetiva, tal como se extrai do art. 1o., abaixo reproduzido:

Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Essa mesma orientação constou do art. 2o., cuja redação é a seguinte:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Por outro lado, o art. 4o. do diploma previu regras sobre a amplitude da responsabilidade da pessoa jurídica. No § 2o., ficou determinado o seguinte:

As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Essas previsões têm despertado controvérsias, especialmente em vista da alusão à responsabilização objetiva da pessoa jurídica. O tema exige aprofundamento.

A relevância da repressão à corrupção não autoriza ignorar a disciplina constitucional quanto à competência sancionatória do Estado. Portanto, toda e qualquer interpretação das regras deverá assegurar a compatibilidade da disciplina da Lei Anticorrupção com a Constituição.

A advertência acima é especialmente necessária para evitar a tentação da interpretação literal, conducente à prevalência de uma concepção não relacionada com a técnica jurídica. A aplicação da técnica jurídica permite uma interpretação mais compatível com a Constituição.

III - A QUESTÃO FUNDAMENTAL: A "RESPONSABILIDADE" DA PESSOA JURÍDICA

O aspecto fundamental a ser considerado reside em que a Lei no. 12.846 disciplina, de modo explícito e inquestionável, a responsabilidade

das pessoas jurídicas por atos de corrupção. É indispensável, portanto, tomar em vista o instituto da responsabilidade para compreender adequadamente a questão.

III.1 - A "RESPONSABILIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO

A expressão "responsabilidade" é utilizada, na teoria geral do direito, para indicar uma posição jurídica de cunho acessório ou derivado, que envolve a submissão aos efeitos jurídicos decorrentes de certas condutas (principais ou originárias). A responsabilidade pode configurar-se como o dever de arcar com os efeitos danosos decorrentes de atos ilícitos (ou, em alguns casos, lícitos), com uma nítida dimensão de natureza patrimonial.

III.2 - A TEORIA DUALISTA DA OBRIGAÇÃO NO DIREITO PRIVADO

No âmbito do direito privado, desenvolveu-se a teoria dualista da obrigação, que merece um relevante prestígio doutrinário³. Segundo essa concepção, a obrigação compreende duas manifestações distintas e inconfundíveis. Há o dever de prestar (débito), que corresponde à sujeição de uma pessoa ao desenvolvimento de conduta ativa ou omissiva em favor do credor. E existe a responsabilidade, que indica a sujeição (usualmente patrimonial) da mesma ou de outra pessoa à satisfação do direito do credor, em caso de inadimplemento do débito.

A teoria dualista permite compreender a vinculação de terceiros à satisfação de débito alheio. Assim, por exemplo, o fiador não é titular do débito, mas apenas da responsabilidade patrimonial. A outorga de bem em hipoteca de dívida alheia é uma situação de responsabilidade de terceiro, delimitada objetivamente ao bem hipotecado.

III.3 - AINDA A "RESPONSABILIDADE" COMO UM EFEITO JURÍDICO

A construção anterior facilita a compreensão de que o instituto jurídico da "responsabilidade" se relaciona com o efeito do descumprimento de uma conduta devida. Mesmo quando não se tratar

³ A formulação mais completa sobre a teoria dualista da obrigação encontra-se em COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*. Paris: Dalloz, 1964. Para um aprofundamento do entendimento do signatário, pode-se conferir *Sujeição Passiva Tributária*. Belém: CEJUR, 1986, p. 53-69.

precisa e exatamente de uma obrigação de direito privado, alude-se a “responsabilidade” para indicar a sujeição de um sujeito a um tratamento jurídico mais severo como decorrência da ocorrência de um evento indesejável – usualmente a prática de um ato ilícito.

III.4 - A “RESPONSABILIDADE CIVIL”

A procedência do raciocínio é evidente especialmente no caso da responsabilidade civil. A expressão indica o surgimento de uma obrigação de indenizar perdas e danos em virtude da infração à lei ou do inadimplemento contratual. A responsabilidade civil é uma derivação da ocorrência de um evento indesejável, que produz um dano que o direito determina que seja evitado ou ressarcido. Mesmo nos casos em que a lei estabelece a responsabilidade civil por ato lícito – o que configura exceção –, trata-se da decorrência da consumação de um dano indesejado pelo direito.

III.5 - A “RESPONSABILIDADE” DA PESSOA JURÍDICA

A avaliação da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica tem de ser examinada em face dessas características e da própria estrutura dessa categoria de sujeitos.

III.5.1 - A PESSOA JURÍDICA E SUA EXISTÊNCIA ABSTRATA

O primeiro aspecto a ser destacado reside em que a pessoa jurídica não é dotada de existência intrínseca e autônoma. Não é possível afirmar que a natureza da pessoa jurídica é idêntica à da pessoa física.

A pessoa física é o ser humano, dotado de um corpo físico e de elementos subjetivos, que configuram uma entidade complexa. A pessoa jurídica é uma organização de pessoas ou de bens, a que o direito reconhece a titularidade de posições jurídicas.

III.5.2 - A ATUAÇÃO JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA

Justamente por isso, a pessoa jurídica apenas pode formar e exteriorizar a sua vontade por meio de pessoas físicas. A teoria do órgão, absolutamente prevalente, reconhece que os indivíduos são os órgãos

de formação e de exteriorização da vontade da pessoa jurídica. Logo, a pessoa jurídica atua por meio de órgãos, cuja especificidade varia em função do tipo da pessoa jurídica⁴.

III.5.3 - A “CONDUTA” DA PESSOA JURÍDICA

Portanto, a pessoa jurídica não age por si mesma. Todos os seus atos são materialmente praticados por seres humanos. Tais atos são imputados à pessoa jurídica, tal como se ela os tivesse “praticado”. Essa construção gramatical deve ser entendida com cautela para evitar distorções indevidas, como é evidente.

III.5.4 - O ILÍCITO DA PESSOA JURÍDICA

Admite-se a prática de atos ilícitos pela pessoa jurídica. Tal se passa quando o indivíduo, que atua como órgão dela, adota conduta infringente da ordem jurídica.

III.5.5 - A CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Também se reconhece que a conduta ilícita da pessoa jurídica implica, como regra, um elemento subjetivo. FRANK MODERNE indica que a culpabilidade que entranha a conduta do indivíduo que atua como órgão da pessoa jurídica é a ela imputada. Ou seja, a culpabilidade da pessoa jurídica se manifesta como a culpabilidade do agente que atua como órgão dela⁵.

III.5.6 - A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

A pessoa jurídica “responde” por atos ilícitos ou defeituosos praticados por seus órgãos. Isso não significa que se admita a “conduta ilícita” da pessoa jurídica, mas sim que a infração é cometida pelo órgão da pessoa jurídica.

⁴ A respeito da teoria do órgão, confira-se a obra do signatário: *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 112-113.

⁵ *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 287.

III.6 - A RESPONSABILIDADE “OBJETIVA” PREVISTA NA LEI NO. 12.846

Essas ponderações são essenciais para determinar o sentido da disciplina constante dos arts. 1o. e 2o. da Lei no. 12.846, quando estabelecem a responsabilidade “objetiva” da pessoa jurídica.

III.6.1 - AINDA A AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE INTRÍNSECA

Reitere-se, antes de tudo e uma vez mais, que não existe responsabilidade intrínseca da pessoa jurídica. Ou seja, não existe uma conduta física, própria, autônoma da pessoa jurídica, de que derivem efeitos jurídicos diretos. Existe, sempre, a questão da atuação do órgão.

III.6.2 - A DESNECESSIDADE DE CULPA NA ATUAÇÃO DO ÓRGÃO

Portanto, a responsabilidade “objetiva” da pessoa jurídica apenas poderia significar a desnecessidade da verificação de culpa na atuação do indivíduo que opera como órgão dela.

III.6.3 - A CONFIGURAÇÃO DO ELENCO DE INFRAÇÕES

No entanto, é fundamental examinar a Lei no. 12.846 para observar que existe uma distinção jurídica que não pode ser ignorada. Os arts. 1o. e 2o. aludem à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelas infrações previstas no art. 5o.

Ocorre que esse dispositivo enumera infrações cuja configuração exige um elemento subjetivo. Nenhuma das condutas lá referidas pode ser aperfeiçoada sem a presença de um elemento subjetivo reprovável. Se houvesse dúvida, bastaria examinar o elenco, que está abaixo reproduzido:

Art. 5o. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o., que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a

prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O dispositivo refere-se em inúmeras passagens à figura da “fraude”, a qual apenas pode ser consumada mediante dolo. Assim se passa especialmente porque é juridicamente impossível a consumação de “corrupção” sem um elemento subjetivo reprovável.

III.6.4 - AINDA O ELEMENTO SUBJETIVO DO ILÍCITO

É fundamental destacar que o elemento subjetivo integra o tipo do ilícito. Essa construção, que se pacificou no âmbito do direito penal, reconhece que a composição normativa do ilícito contempla não apenas elementos objetivos, mas também subjetivos.

Ou seja, a definição normativa de “fraude” contempla a conduta material maliciosa, que frustra os objetivos e as finalidades da disciplina normativa, mas também prevê a verificação de um elemento subjetivo, traduzido pela vontade e consciência de fraudar.

Portanto, a consciência e a vontade (o dolo) do agente, no caso concreto, são indispensáveis à consumação do ilícito porque a norma

jurídica, ao construir o tipo, contemplou abstratamente a exigência do elemento subjetivo.

III.6.5 - A INVIABILIDADE DA TESE DA DESNECESSIDADE DO DOLO

Afirmar que a Lei no. 12.846 teria criado um ilícito destituído de elemento subjetivo configuraria não apenas uma violação ao Estado Democrático de Direito e à Constituição – que exige que toda e qualquer responsabilidade civil seja resultante de ilícitos compostos por um elemento subjetivo (ressalvada a situação prevista expressamente no art. 37, § 6o., da CF/88⁶).

Mais do que isso, implicaria uma contradição invencível, eis que o art. 5o. da Lei no. 12.846 contempla um elenco de condutas cuja ilicitude é formada não apenas por atuações materiais e objetivas, mas também pelo elemento subjetivo reprovável.

A consumação do ilícito se faz por meio da atuação de uma pessoa física. Somente haverá o ilícito do art. 5o. quando um indivíduo atuar de modo reprovável, praticando certas atividades materiais com a consciência e a vontade de violar a ordem jurídica.

IV - DISTINÇÃO ENTRE “AUTORIA” E “RESPONSABILIDADE”

É necessário diferenciar os conceitos de “autoria” do ilícito e de “responsabilidade” pelos efeitos jurídicos da conduta indesejável. Uma figura é o sancionamento pela prática do ilícito (autoria) e outra, com ela inconfundível, é a responsabilidade pelos efeitos da prática de ato ilícito cometido por outrem.

IV.1 - A AUTORIA: A PRÁTICA DO ATO ILÍCITO

A prática do ato ilícito implica a sujeição do agente infrator à sanção. Em tal hipótese, há uma relação direta entre a conduta reprovável

⁶ Ainda assim, o signatário entende que a referência à responsabilidade civil objetiva do Estado não prescinde de um elemento subjetivo, ainda que objetivado. Não se trata simplesmente de atribuir ao Estado a responsabilidade pelo dano decorrente de quaisquer de suas ações ou omissões, mas de reconhecer que ao Estado compete um dever de diligência especial, cuja violação faz presumir a culpabilidade. Sobre o tema, confira-se *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1.213. Construção semelhante envolve a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção.

e a reação da ordem jurídica. O sujeito é punido porque praticou a conduta ilícita.

Essa é a solução contemplada, por exemplo, no art. 3o. da LIA, quando estabelece que a participação do sujeito privado no aperfeiçoamento do ilícito de improbidade produzirá a sua submissão ao regime sancionatório correspondente.

Em se tratando de pessoa jurídica, configura-se a autoria do ato ilícito quando o sujeito que atua como órgão dela pratica, em tal condição, uma conduta tipificada. Em tais hipóteses, o ato ilícito é diretamente imputado à pessoa jurídica, a qual é submetida às diversas sanções cabíveis.

Em tais casos, incide o regime jurídico punitivo, que compreende a exigência de culpabilidade, a pessoalidade da sanção e todas as demais características já expostas.

IV.2 - A RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ILÍCITO

Diversamente se passa nos casos em que se configura a responsabilidade pelos efeitos de infração por outrem cometida. Em tal hipótese, não se discute a prática da ilicitude pelo sujeito responsabilizado.

IV.2.1 - NÃO EXIGÊNCIA DOS REQUISITOS DE SANCIONAMENTO PELA AUTORIA

O sujeito responsabilizado não é autor da infração. Por isso, não incidem os requisitos pertinentes à consumação da ilicitude. Tais requisitos são examinados a propósito da conduta do autor do ilícito.

IV.2.2 - AINDA A QUESTÃO DA PESSOALIDADE DA PENA

Não se contraponha que a responsabilidade seria incompatível com a garantia constitucional da pessoalidade da pena. Essa ponderação é inaplicável porque a responsabilidade não envolve a extensão da pena a terceiro.

Precisamente em vista da garantia constitucional da pessoalidade das penas, a responsabilidade apenas pode se relacionar aos efeitos patrimoniais da ilicitude. O responsável não é sujeitado à punição

cominada ao autor do ilícito, alternativa que apenas poderia ser aplicada se houvesse a sua configuração como tal.

Se o sujeito é responsável, então não é constitucionalmente cabível a aplicação a ele de penas reservadas para o autor do ilícito. Em face da ordem jurídica apenas é admissível estabelecer que o sujeito arcará com os efeitos patrimoniais do sancionamento.

IV.2.3 - A CONFIRMAÇÃO DA TESE: AINDA O ART. 4o., § 2o., DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A orientação acima referida é confirmada pela disciplina contemplada no já referido § 2o. do art. 4o. da Lei Anticorrupção, que determina que a responsabilidade de sociedades controladora, controladas, coligadas ou consorciadas restringe-se *à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.*

Ou seja, a prática do ato de corrupção pode configurar crime e pode gerar sanções aos sujeitos que forem apontados como autores. Tais sanções, de natureza tipicamente expiatória, não podem ser aplicadas aos “responsáveis”. Assim se impõe em vista do princípio da pessoalidade da pena.

O responsável apenas pode ser submetido, portanto, à obrigação de responder patrimonialmente pela reparação do dano, tal como pelo pagamento da multa.

IV.2.4 - A PRESUNÇÃO DA CULPABILIDADE

Em última análise, não significa que o direito tenha efetivamente estabelecido uma responsabilidade objetiva, dispensando a existência de um elemento subjetivo reprovável. A solução jurídica é diversa: o direito presume a culpa da pessoa jurídica nos controles sobre os seus agentes. Incumbe à pessoa jurídica adotar todas as providências possíveis e necessárias para impedir qualquer conduta de um agente seu que dê oportunidade à corrupção.

V - A DISTINÇÃO ENTRE DESCONSIDERAÇÃO E RESPONSABILIDADE

As considerações acima são relevantes para diferenciar as figuras da desconsideração da personalidade societária e da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção.

V.1 - AINDA A QUESTÃO DA AUTORIA

A desconsideração da personalidade societária consiste num afastamento do regime jurídico próprio das entidades personificadas⁷. Isso pode conduzir à atribuição da conduta diretamente a um sujeito distinto da pessoa jurídica⁸. Em tais situações, existe uma solução no plano da autoria da conduta. É evidente que isso pode gerar efeitos no tocante à responsabilidade. Nesses casos de desconsideração, o ato será imputado (conjunta e concomitantemente) a um outro sujeito – o qual será responsabilizado pelos seus efeitos.

Diversamente se passa nos casos de responsabilização de uma pessoa jurídica por eventos praticados por outrem. Em tal hipótese, não se controverte sobre a autoria, mas apenas se estende a responsabilidade pelos efeitos da conduta alheia.

Um exemplo permite compreender a distinção. O art. 1.023 do Código Civil determina que, *Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária*. Essa regra não contempla a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade simples. Apenas estabelece que os sócios respondem pelas perdas da sociedade. Ou seja, o patrimônio pessoal dos sócios será vinculado à satisfação das dívidas de titularidade da sociedade simples. Não se discute a titularidade da dívida, que é inquestionavelmente da sociedade simples.

Diversamente pode se passar nas hipóteses comuns de desconsideração da personalidade societária. Nesses casos, a desconsideração é aplicada em vista da utilização abusiva da pessoa jurídica, de modo a impedir a diferenciação entre a entidade personificada e o seu sócio.

V.2 - A CONSAGRAÇÃO DA DISTINÇÃO NA LEI NO. 12.846

As considerações anteriores não refletem uma criação doutrinária dissociada do direito positivo. A própria Lei no. 12.846 expressamente

⁷ Para uma avaliação mais aprofundada do entendimento do autor e da doutrina pertinente ao tema, consulte-se: *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.

⁸ Nada impede que a desconsideração seja utilizada apenas para o efeito de extensão da responsabilidade por débitos alheios. Em tais casos, a desconsideração produzirá efeitos similares aos da extensão da responsabilidade.

alberga a diferenciação entre responsabilidade estendida entre pessoas jurídicas e desconsideração da personalidade societária. O art. 14 do diploma consagra a seguinte regra:

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Ou seja, a desconsideração societária é prevista formalmente na Lei no. 12.846 como uma solução jurídica distinta daquela estabelecida no art. 4º., § 2º., do mesmo diploma. A responsabilidade da sociedade controladora, controlada ou coligada pelos efeitos patrimoniais de atos de corrupção praticados por agentes de outras sociedades não se confunde com a desconsideração da personalidade societária.

Justamente por isso, o art. 14 determina que, nas hipóteses de desconsideração, todas as sanções pertinentes à autoria do ilícito serão impostas também aos sócios e administradores. Assim se passará porque a conduta ilícita será atribuída também a eles, hipótese muito distinta daquela contemplada no art. 4º., § 2º., da mesma Lei.

VI - ALGUMAS COMPARAÇÕES ENTRE LIA E LEI ANTICORRUPÇÃO

É útil estabelecer algumas comparações relativamente à disciplina da LIA e da Lei Anticorrupção, relativamente à temática de determinação de autoria e de responsabilidade pelos efeitos do sancionamento previsto.

VI.1 - A DISCIPLINA DA LIA

No âmbito da LIA, admite-se a desconsideração da personalidade da entidade societária envolvida na prática do ilícito, quando presentes certos requisitos. A previsão da responsabilidade automática e ampliada de outras pessoas jurídicas pelos efeitos de infrações cometidas é limitada.

VI.2 - A ÚNICA HIPÓTESE DE DESCONSIDERAÇÃO FORMALMENTE PREVISTA

Como visto, o art. 12, incs. I a III, consagra a desconsideração automática da personalidade societária em termos muito específicos.

Nos três dispositivos, está determinado que o sancionamento pela improbidade poderá consistir na proibição de contratar com o poder público ou de receber de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, *direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.*

VI.3 - OS PRESSUPOSTOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO

Excluída a situação expressamente prevista no art. 12 da LIA, é pacífico que o sancionamento por improbidade administrativa não alcança de modo automático os sócios da pessoa jurídica demandada. Somente se admite a desconsideração para fins de participação na ação de improbidade se estiverem presentes pressupostos para tanto, os quais devem estar relacionados a práticas abusivas ou fraudulentas por meio da pessoa jurídica.

Há decisões nesse sentido do TRF da 5a. Região, nos termos abaixo reproduzidos:

- *1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para fins de responsabilização dos seus representantes, pressupõe - ainda que em juízo de superficialidade - a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade. Precedentes do STJ. 2. Demais de não ter sido requerida pelo MPF, in casu, a desconsideração da personalidade jurídica da construtora ... Ltda., muito menos levantado, na petição inicial, algum indício de desvio de finalidade de tal pessoa jurídica ou da confusão do seu patrimônio com os dos seus representantes, a simples referência, na sentença, de uma decisão anterior que, desmotivadamente, apenas afirma a existência de desvio de finalidade ou abuso de personalidade não é suficiente para se desconsiderar a existência da personalidade jurídica de uma empresa, mesmo tendo sido ela extinta, e admitir-se a responsabilidade do mero administrador. (...)* (AC no.200983050014198, 4T, rel. Des. Fed. Edílson Nobre, j. 26.5.2015, DJe de 3.6.2015).

- (...) *1. Embargos infringentes opostos contra acórdão que reconheceu a ilegitimidade passiva ad causam de um dos demandados e determinou a sua exclusão do polo passivo da lide. 2. Hipótese em que a discussão diz respeito à possibilidade de responsabilização*

peçoal de um dos demandados, dirigente da pessoa jurídica que contratou com o ente público municipal. 3. Não consta dos autos elementos suficientes para se imputar a responsabilização pessoal do dirigente da pessoa jurídica BEMFAM - Bem-Estar Familiar do Brasil, beneficiada com o repasse de recursos públicos, como também não se descreveu qualquer ato capaz de demonstrar a conduta volitiva desse demandado nos atos ilícitos em discussão. 4. A transferência de recursos foi feita pelo ente público municipal em favor da pessoa jurídica prestadora do serviço, de forma que a BEMFAM é quem deve responder por eventual ressarcimento de dano constatado na condução do convênio. 5. Inexistência de indícios de desvio de finalidade da pessoa jurídica beneficiária dos recursos públicos, como também de confusão do patrimônio da pessoa jurídica com o de seu representante legal, o que impossibilita a desconsideração da personalidade jurídica para se imputar responsabilidade ao gestor da entidade beneficiada. 6. Embargos infringentes improvidos (EAC no. 20098308001891102, Pleno, rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, voto unânime, j. 29.5.2013, DJe de 7.6.2013).

No mesmo sentido, há decisão também do TRF da 3a. Região, abaixo transcrita:

• (...) 1. *A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, pela qual se autoriza a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. 2. Não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa e admitir a responsabilização do sócio proprietário da empresa, pois não se comprovou que o ato lesivo, ora imputado ao agravado, seja de sua autoria, nem que agiu com fraude ou abuso de direito. Precedente do STJ. 3. Agravo de instrumento desprovido (AI no. 00447721420094030000, 3T, rel. Des. Fed. Nery Junior, j. 3.3.2011, DJe de 18.3.2011).*

Portanto, a existência de uma condenação por improbidade relativamente à sociedade não produz efeitos em face de sociedade que recebesse parcelas de seu patrimônio a não ser que estejam presentes outros requisitos.

VI.4 - AINDA A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Esse entendimento decorre de que a posição jurídica de sócio do sujeito apenado não é abusiva ou irregular por si só. Nem a configuração de relação de controle, usualmente associada à posição de sócio majoritário, constitui fundamento suficiente para justificar a desconsideração da personalidade jurídica.

Assim se passa inclusive nos casos de subsidiária integral, em que há controle pleno da sociedade. O Direito admite como válida e legítima essa relação, assim como confirma a independência das personalidades jurídicas envolvidas, ao determinar que a subsidiária integral não se confunde com o seu único sócio. Logo, o patrimônio e a esfera jurídica da subsidiária integral não equivalem aos do seu sócio.

VI.5 - A INVIABILIDADE DA FRUSTRAÇÃO DO ENTENDIMENTO

Esse entendimento não pode ser frustrado mediante a desconsideração exclusivamente para fins de responsabilidade patrimonial.

Isso geraria uma solução despropositada. O ajuizamento em face do sócio de ação de improbidade em virtude de ações praticadas pela sociedade somente seria cabível se evidenciada a fraude que autorizasse a desconsideração. No entanto, julgada procedente a ação, nos termos do novo CPC (Lei no. 13.105/2015), poderia haver, um pedido autônomo ou, se tal se der no curso do processo, incidente específico para requerer a desconsideração da personalidade jurídica do réu, aplicando-se a sanção a outra sociedade que fosse por ele integrada. Ora, isso viola a lógica jurídica e as garantias fundamentais. A desconsideração apenas pode ser praticada quando houver a presença dos pressupostos correspondentes.

VI.6 - A INVIABILIDADE DA EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE NA LIA

A LIA não adotou a solução contemplada na Lei Anticorrupção, relativamente à extensão automática da responsabilidade da pessoa jurídica por atos reprováveis praticados por seus agentes. Nem contempla a responsabilidade abrangente do grupo societário pelos efeitos patrimoniais das infrações praticadas no âmbito de uma determinada sociedade. Os dois diplomas adotam soluções sancionatórias distintas, o

que impede a extensão das soluções consagradas em um deles às infrações previstas em outro.

VII - SÍNTESE SOBRE A LIA

As sanções do art. 12 da LIA devem ser aplicadas de acordo com pressupostos fáticos específicos, valorados em face do caso concreto. Caberá verificar se existe algum vínculo específico entre o sujeito sancionado e a sociedade por ele controlada, que legitime a imposição a ela de uma punição sem a existência de um elemento subjetivo próprio e específico.

Não se admite identificar a priori a atuação da pessoa jurídica e dos seus sócios. A improbidade administrativa imputável à pessoa jurídica não pode ser comunicada de modo automático à pessoa dos sócios ou de outras sociedades relacionadas. A desconsideração depende da presença de irregularidade, fraude ou abuso – ressalvada a expressa previsão dos incisos do art. 12 quanto à proibição de contratar e de receber benefícios fiscais ou creditícios.

A extensão da sanção à sociedade que tenha sócio seu condenado por improbidade administrativa implicaria instituir a desconsideração da autonomia da personalidade societária como regra. Os efeitos decorrentes da reprovabilidade da conduta do sócio majoritário, ainda que alheia às suas funções societárias, seriam automaticamente estendidos à pessoa jurídica⁹.

VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

⁹ Em sentido similar a propósito da inconstitucionalidade, manifesta-se MARCELO FIGUEIREDO: *a personalidade jurídica do responsável (pessoa jurídica) por infração à probidade administrativa poderia ser descaracterizada quando houvesse abuso de direito, excesso de poder ou infração à lei. A lei em foco é radical, ao atingir com uma só penada a pessoa física e a jurídica, sem qualquer consideração a respeito de eventual conexão entre ambas as figuras – pessoa física e jurídica. Tal como vazado, o dispositivo se nos afigura inconstitucional, por ausência de proporcionalidade (Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 152).*

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed., São Paulo: RT, 2016 (no prelo).

_____. *Sujeição Passiva Tributária*. Belém: CEJUP, 1986.

_____. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.

MODERNE, Frank. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Chato, o rei do Brasil” e improbidade administrativa sem agente público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, no. 19, p. 59-73, jul./ago, 2015.

O ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA:
POR UMA RESPONSÁVEL MOTIVAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS

*Márcio Cammarosano**

*Flávio Henrique Unes Pereira***

RESUMO

O artigo aborda duas questões: *i*) a precariedade de decisões judiciais que afirmam a existência de atos de improbidade administrativa desconhecendo o contexto revelador ou não do elemento subjetivo do agente público envolvido, e, *ii*) a inconstitucionalidade da culpa na hipótese do art. 10, da Lei de Improbidade, uma vez que o tratamento autônomo da Constituição sobre (i)legalidade, (i)moralidade e (im)probidade demonstra que a conduta ímproba vincula-se ao desvio de finalidade, incompatível com a modalidade culposa.

PALAVRAS CHAVES:

Improbidade administrativa. Moralidade. Legalidade. Dolo. Culpa. Desvio de finalidade. Decisão judicial. Motivação. Responsabilidade objetiva. Inconstitucionalidade.

1. JUSTIFICATIVA DO TEMA

A jurisprudência pátria, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, consolidou, após idas e vindas, entendimento sobre ser

(*) Doutor e Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP); Coordenador do curso de especialização em direito administrativo da PUC-SP, onde é professor na graduação e pós-graduação, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, - IBDA -, Presidente da Comissão de Estudos de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP – Advogado.

(**) Doutor e mestre em Direito Administrativo (UFMG). Coordenador e professor do curso de pós-graduação em Direito Administrativo do IDP (Brasília). Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal (IDADF). Foi assessor de Ministros do STJ, TSE e STF. Sócio do Silveira e Unes Advogados.

indispensável a demonstração do dolo nas hipóteses dos artigos 9º. e 11, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei no. 8.429, de 2.6.1992), superando posição que defendia também a modalidade culposa nesses casos.

A falta de boa-fé ou desonestidade, portanto, é requisito do ato de improbidade, não se limitando a mera ilegalidade. Ilustrativo o Resp. NQ 480.397/SP, da Rel. Min. Luiz Fux, ao reconhecer que a improbidade administrativa, mais do que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade. O julgado é lembrado em vários outros precedentes, v.g. AgRg no REsp. no. 1.306.752, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 3.3.2016. Neste, há referência ao REsp. no. 1.530.234/SP, Rel. Min. Napoleão Maia, que assentou ser sempre dolosa a conduta a que se referem os artigos 9º. e 11, da Lei no. 8.429/1992, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo.

Embora haja esse alinhamento conceitual, deparamo-nos, cotidianamente, com julgados que, sob a tese do “dolo genérico”, acabam por impor verdadeira responsabilização objetiva da conduta do agente, a revelar mal ainda maior, ao menos, considerando a Constituição da República de 1988.

Em outras palavras, afirmar que basta o “dolo genérico” sem que sejam efetivamente analisados os aspectos da causa que comprovem a vontade consciente do agente de alcançar o resultado ilícito é o mesmo que se admitir responsabilidade objetiva mediante subterfúgio que mascara a ilegalidade do ato judicial.

Nesse sentido, pretende-se, a partir do estudo de casos concretos, demonstrar o posicionamento vacilante do STJ quanto ao critério de verificação do elemento subjetivo para, quem sabe, contribuir para o aperfeiçoamento da atuação jurisdicional sobre o tema.

Por outro lado, subsiste o entendimento da modalidade culposa em relação ao art. 10, da Lei de Improbidade, uma vez que o legislador expressamente se referiu à conduta “dolosa ou culposa” que cause prejuízo ao erário.

Provocado sobre a constitucionalidade da improbidade por ato culposos, o STJ defendeu a aplicação do disposto no art. 10, pois o legislador teria, assim, conferido *maior efetividade aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e*

eficiência (STJ. Ação de Improbidade Administrativa no. 30, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 28.9.2011).

A questão, contudo, merece aprofundamento.

É preciso examinar quais os desdobramentos jurídicos da distinção constitucional entre (i)legalidade, (i)moralidade administrativa e (im)probidade. Caso a modalidade culposa do ato de improbidade conflite com o tratamento constitucional da matéria, caberá aos operadores do direito instigar a reflexão dos Tribunais pátrios de modo a revisitar a posição predominante.

E este artigo assume o desafio.

2. O ELEMENTO SUBJETIVO E A CULPA NO DIREITO: ALINHAMENTO CONCEITUAL

Tratar de responsabilidade por improbidade administrativa implica precisar minimamente o que entendemos por responsabilidade, objetiva ou subjetiva, dolo, culpa e suas espécies ou modalidades, e também falar um pouco da prova no direito.

Não comportando este artigo atentadas digressões, esforcemo-nos pela brevidade.

Como dizia Geraldo Ataliba, a estrutura lógica simplificada de uma norma jurídica compreende hipótese, mandamento e sanção.

Descrevendo uma situação de possível ocorrência (hipótese), a norma prescreve o que deve ser (modais deônticos: obrigatório, permitido ou facultado), e também qual a sanção cabível diante da não observância do mandamento (ou sanção premial, na hipótese de sua observância).

Violada uma norma jurídica, deve ser a sanção nela prescrita.

Diante de um comportamento que se subsuma a uma das hipóteses de incidência da lei de improbidade administrativa (arts. 9º., 10 e 11), estará caracterizada, em princípio, improbidade administrativa, ensejando, em tese, responsabilização de alguém. Alguém, pessoa física e ou jurídica haverá de ser responsabilizada, sujeitando-se à aplicação de sanção prevista na lei.

Todavia, não basta para que, a final, seja aplicada sanção por improbidade, o simples fato do comportamento objetivamente

correspondente ao previsto na lei. Impõe-se a constatação do elemento subjetivo que, no nosso entender, e de muitos, só pode ser o dolo.

Na própria Constituição da República está prevista, por exemplo, independentemente do elemento subjetivo (dolo ou culpa), a responsabilidade civil extracontratual do Estado (art. 37, § 6o.). A exigência de dolo ou culpa só se põe para efeito de responsabilização, em ação regressiva, do agente público que tiver dado causa ao dano a terceiro. Trata-se, portanto, de responsabilidade civil objetiva do Estado.

Em se tratando da lei de improbidade administrativa, a responsabilização de quem quer que seja depende da perquirição e prova da culpabilidade, mesmo porque para que se fale em responsabilidade objetiva, que constitui exceção, só em havendo expressa previsão legal.

Ora, em se tratando de responsabilidade por improbidade, que exige a presença do elemento subjetivo, este não pode ser considerado presente em face tão somente da tipicidade objetiva do comportamento considerado. Da prova do comportamento não se segue, *ipso facto*, a prova da presença do elemento subjetivo. Isso não significa que do exame das circunstâncias comprovadas que ambientaram dado comportamento, não se possa concluir pela efetiva presença do elemento subjetivo que, somando à prova do comportamento típico, implica improbidade. Esse elemento subjetivo há de ser dolo de vez que afastamos, por incompatíveis, improbidade culposa. Improbidade culposa implica *contraditio in terminis*.

Assim sendo, para a caracterização de improbidade não basta a tipicidade de um comportamento, comissivo ou omissivo, que se tenha como objetivamente antijurídico. Impõem-se demonstrar a configuração também do elemento subjetivo. Este, especialmente o dolo, não é algo que seja, via de regra, comprovável de forma direta e extirpe de dúvidas. Não raro só se pode vislumbrar dolo a partir de indícios veementes e circunstâncias objetivamente aferíveis, mas que não chamam a atenção senão daqueles que se dão ao trabalho de conhecer o caso em detalhes. Para tanto é preciso acuidade, atenção a detalhes que para leigos seriam desprezíveis.

Não basta reconstituir o comportamento objetivamente cognoscível no que tenha de nuclear. Circunstâncias que o tenham antecedido e sucedido, dados periféricos, antecedentes dos atores envolvidos, tudo

pode ir contribuindo para a composição final de um quadro diferente daquele que à primeira vista nos impressionara ou não.

Diríamos mesmo que há semelhanças entre investigar o que aparenta ter sido um crime, e o que parece ser comportamento ímprobo. E como essa investigação, sempre possível, às vezes não é fácil, e cujo resultado pode nos surpreender, revertendo expectativas, fixa-se tentado, em nome de enviesada noção de celeridade processual, seguir por atalhos, buscando o caminho mais rápido para uma decisão judicial que se tenha preconcebido.

É aí que reside o perigo das presunções, especialmente a presunção de dolo, que facilita encerrar logo um inquérito civil, propor uma ação e proferir rapidamente sentença sem a necessidade de maior esforço argumentativo, indeclinável para decisões judiciais que devem ser suficientemente motivadas, e não laconicamente formuladas.

É aí que reside o perigo de julgamentos antecipados da lide, em matéria de improbidade, muitas vezes reveladores de açodamento e mal disfarçada desconsideração do impostergável direito à ampla defesa.

Essa minimização da importância da prova do elemento subjetivo acaba, muitas vezes, por considerar doloso comportamentos meramente voluntários, como se a intenção de obter um resultado sabidamente ofensivo à ordem jurídica pudesse ser presumida, assim como a má-fé, do fato da antijuridicidade do comportamento ou do resultado de que tenha sido causa, associado ao preceito de que a ninguém pode aproveitar a alegação de ignorância da lei. E nem se admite, muitas vezes, que mesmo conhecendo a letra da lei, é perfeitamente possível desconhecer-se o exato sentido e alcance que dela extraem os versados em hermenêutica jurídica. E mesmo estes costumam divergir entre si, como acontece em sede judicial, com órgãos colegiados proferindo decisões com supedâneo em exegeses conflitantes, razão de ser de acórdãos por votação não unânime até do Supremo Tribunal Federal.

E ainda há quem entenda que todos podem e devem prever como futuramente há de definir o Judiciário quanto à interpretação que haverá de prevalecer, anos depois da ocorrência do fato. E com essa suposta capacidade premonitória, presumida, costuma-se afastar qualquer eventual alegação dos acusados de haverem cometido apenas erro de direito, ou nem isso.

É aí então que se distorce a noção de dolo e suas espécies, como tem ocorrido com distorções do conceito de dolo eventual para fins penais, expediente artificioso para se impor àqueles que em rigor deveriam ser responsabilizados culposamente, não as penas previstas para modalidade culposa, mas para modalidade dolosa, porque insatisfeitos com a previsão legal de penas que consideram brandas demais para certos delitos decorrentes de imprudência, negligência ou imperícia.

E o que se costuma fazer então? Costuma-se vislumbrar dolo em face da mera voluntariedade de um comportamento, sem se dar ao trabalho de investigar a existência ou não da vontade ou intenção de obter-se um resultado de que se tenha a consciência da antijuridicidade.

Mas desde quando da vontade de adotar um comportamento se segue, necessariamente, a consciência da injuridicidade do próprio comportamento ou do resultado de que venha a dar causa?

Com efeito, não se pode olvidar que os conceitos dolo e culpa importam a todos os ramos do direito, não obstante os penalistas é que a ele dedicaram reflexões mais aprofundadas.

Em apertadíssima síntese, a violação a uma dada norma jurídica é imputável a alguém a título de dolo quando aquele que a tenha violado o tenha feito intencionalmente. Isto é, quando, tendo consciência da antijuridicidade do seu comportamento, comissivo ou omissivo, ou consciência da antijuridicidade do evento a que, agindo como agiu, daria causa, não se deteve.

Quem, no setor público, contratar terceiro sem licitação, quando em rigor a licitação era impostergável, viola a ordem jurídica. Conquanto o comportamento ofensivo à ordem jurídica tenha sido voluntário, a violação do direito pode ter sido a título de dolo ou culpa em sentido estrito. Será violação dolosa se o agente teve a intenção não apenas de comporta-se como se comportou (voluntariedade da atuação), mas a intenção, a vontade de assim proceder consciente de que estava a agir em desconformidade com o direito (voluntariedade da ofensa ao direito). Se supôs que era possível a contratação direta, agindo de boa-fé, haverá de responder por culpa, e não por dolo. A eventual dificuldade de reunir elementos suficientes para concluir pela existência de dolo, de má-fé, é outra questão. A dificuldade da prova do elemento subjetivo não justifica deixar de lado a questão da culpabilidade, sem a qual não há improbidade.

O fato é que não é da voluntariedade de todo e qualquer comportamento ofensivo ao direito que se pode inferir, *ipso facto*, que a violação ao direito foi intencional, dolosa. Pode haver sido por erro e, portanto, culposa apenas.

Mesmo em se tratando de ofensa ao direito por culpa e não por dolo, a menos que o erro seja de todo escusável por alguma circunstância, o agente responderá por seu comportamento exatamente porque era seu dever conhecer as normas jurídicas pertinentes ao exercício de sua competência naquela matéria. Mas não é porque tinha o dever de bem conhecer a lei que, não a tendo observado, se possa presumir, sem mais, que não se houve apenas com culpa, mas com dolo. Sem prova ou suficiente convergência de indícios e circunstâncias que evidenciam má-fé, vontade livre de proceder em descompasso com o direito, e disso consciente, não se pode falar em dolo, em grave desvio ético indispensável à configuração da improbidade.

Em outras palavras: do fato de ter havido um comportamento voluntário, haver alguém se comportado como efetivamente quis comportar-se, e que esse comportamento violou a ordem jurídica, e que essa ordem jurídica deveria ser do conhecimento do agente, não se segue, necessariamente, que esse mesmo agente, agindo como agiu, quis violar a ordem jurídica.

A adoção da teoria de que para configuração de improbidade administrativa bastaria o dolo genérico, isto é, a prescindibilidade de um fim especificamente objetivado com a violação intencional da norma jurídica, não autoriza considerar que basta então a voluntariedade do comportamento para que se configure ofensa dolosa da ordem jurídica. Tem-se aí aplicação errônea do conceito de dolo genérico, quando não erro de conceituação mesmo de dolo genérico.

Dolo, específico ou genérico, é concernente ao elemento subjetivo do agente que, ciente da antijuridicidade de seu comportamento, não se detém, com ou sem outro propósito específico igualmente ilegal. Já a voluntariedade pura e simples do comportamento significa que o comportamento foi querido, e não que tenha sido querido apesar de saber o agente de seu descompasso com a norma jurídica.

O dever de conhecer bem a ordem jurídica não faz com que a ordem jurídica se tenha efetivamente como bem conhecida, o que já seria do

mundo do ser. Do contrário não se poderia falar jamais em erro. E quem atua de forma errada ainda que convicto de estar agindo corretamente, há de responder por erro, porque, a alegada ignorância do direito não lhe aproveita totalmente (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 3o.). Responderá, todavia, por erro, por culpa, e não por dolo, a menos que se possa demonstrar que a violação da ordem jurídica foi intencional, com a consciência da antijuridicidade, dolosa, reveladora portanto de improbidade.

Destarte, se e quando evidenciado o dolo, consoante adequada e suficiente motivação na sentença judicial, à luz da convergência ou concurso, nos autos do processo, dos elementos para tanto necessários, só aí é que terá sentido, ainda que de menor valia, dizer da existência de dolo genérico ou específico.

Inferir ofensa dolosa à ordem jurídica da simples voluntariedade do comportamento objetivamente inválido do agente, mais do que presumir o que não pode ser presumido – o dolo – é ignorar a noção jurídica mesma de culpabilidade, indissociável do elemento subjetivo. Implica, em rigor, e de forma não declarada, propugnar pela responsabilidade objetiva em matéria de improbidade, primitivismo doutrinário inadmissível em matéria sancionatória tanto penal quanto a título de improbidade administrativa, e como se a tanto se pudesse chegar deturpando a própria noção de dolo genérico que, antes de tudo, é dolo. E dolo só há diante de prova, ainda que difícil em muitos casos, de deliberada, intencional violação da ordem jurídica – o que pressupõe consciência da antijuridicidade -, e não da mera constatação da voluntariedade ou não deste ou daquele comportamento.

Sem prova do dolo, quando menos circunstancial, adequada e suficiente, devidamente discutida e avaliada pelas partes e pelo juízo ao decidir a lide, não há improbidade.

Já é tempo de nos preocuparmos em desenvolver estudos quanto à teoria da prova indiciária ou circunstancial em matéria de improbidade administrativa, pois não é admissível que sobrevenham decisões açodadas que, a pretexto, repita-se, de celeridade processual, e reveladoras mesmo de certo comodismo, mal consigam disfarçar adesão à teoria da responsabilidade objetiva, inadmissível em matéria de improbidade administrativa. E o que é também muito grave: decisões açodadas que

revelam desconhecimento de lições elementares do que significa dolo, dolo genérico ou específico, bem como indevida presunção de dolo, e pouca familiaridade com a importância da avaliação expressa e racional da prova indiciária ou circunstancial do elemento subjetivo dolo.

Tudo isso é que tem, não raras vezes, ensejado tratamento igualitariamente sancionatório de agentes públicos e particulares que atuaram em circunstâncias diferenciadas o suficiente para não serem julgados, a final, com o mesmo peso e a mesma medida.

2. A PRECÁRIA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O RISCO DE ESAZIAMENTO DO DOLO NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º. E 11, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Avanço significativo da jurisprudência pátria ocorreu com a definição de que a modalidade culposa não seria admitida nas hipóteses dos artigos 9º. e 11.

Todavia, recente julgado do STJ revela o perigo da interpretação acerca do “dolo genérico”.

No julgamento do REsp. no. 765.212, o ministro HERMAN BENJAMIN, relator, reformulou sua posição, aderindo ao entendimento de que apenas o dolo poderia levar à configuração do ato de improbidade. Segundo o magistrado, embora *continue acreditando ser tecnicamente válida e mais correta a tese de que os atos de improbidades coibidos pelo art. 11 da Lei no. 8.429/1992 podem se configurar por dolo ou culpa na realização da conduta, no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa.*

Assim, o ministro concluiu pela ocorrência de ato de improbidade, pois o dolo (*vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora*) estaria presente na conduta do gestor que realiza promoção pessoal, *desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade.*

Embora a fundamentação do voto tenha acolhido a tese da indispensabilidade do dolo na configuração do ato de improbidade, não

houve exame do contexto que revelaria a vontade do agente em alcançar o resultado proibido, concluindo-se pela improbidade por não ser *tolerável olvidar um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1o., da Constituição da República*. E esse entendimento reformou o acórdão do Tribunal de Justiça que havia entendido pela ausência da comprovação do dolo do agente político.

O mesmo raciocínio, segundo o ministro relator, seria aplicável em relação à contratação de servidor sem concurso público, uma vez que o dolo decorreria da *inequívoca obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República)*. *É dolo in re ipsa*.

Resta saber se o dolo, em casos tais, poderia ser presumido (*in re ipsa*).

O “dolo genérico”, ao menos como aplicado no precedente em análise, blindaria o julgador do dever de motivar sua decisão a partir do contexto fático. Isto é, *no terreno pragmático*, significaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a improbidade. Em outras palavras, a mera violação a norma, em relação a qual não se pode alegar desconhecimento, atestaria a conduta ímproba.

Percebe-se o perigo de o aplicador da norma ignorar o dever de motivação da decisão, o qual, no juízo de aplicação normativa, está adstrito às peculiaridades fáticas do caso, sem o que não se realiza o direito, ao menos na perspectiva do Estado Democrático de Direito.¹

Voto proferido pelo ministro FELIX FISCHER, nos autos do RMS no. 19.210, destaca a relevância da motivação. Embora tenha se reportado ao dever do administrador público, a posição aplica-se integralmente à motivação judicial, haja vista que se trata de dever imposto pela Constituição da República aos agentes público *lato sensu*:

Como pano de fundo desses fundamentos, está o Estado Democrático de Direito, consubstanciado na confiança quanto à legalidade e justiça das decisões administrativas, colocando cidadãos

¹ Sobre o juízo de aplicação normativa e o dever de motivação da decisão: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Forum, 2007. E, também: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa*. In *Revista CEJ*, Brasília, no. 36, p. 30-38. jan./mar. 2007.

*livres de descomedimentos dos eventuais administradores públicos.
[...]*

Não obstante a clareza desses comandos jurídicos, o que se vê, rotineiramente, são atos e decisões administrativas mascaradas de movimentação, na medida em que se limitam a indicar o fato e o dispositivo legal, sem elucidar por que esse fato (motivo) justifica o ato perante o Direito vigente, ou, ainda, apresenta-se um conceito jurídico indeterminado sem a devida correspondência com os motivos (fatos). (RMS no. 19.210/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14.3.2005, DJ 10.4.2006, p. 235)

A revelar o exercício da devida motivação, também do ministro FELIX FISCHER voto que concedeu a ordem no MS no. 19.433, no qual todas as peculiaridades do caso foram consideradas para se reconhecer a boa-fé de servidor público. A partir da lição de KLAUS GUNTHER, foi ressaltado o dever de motivação no discurso de aplicação normativa:

Todavia, como descrito, as peculiaridades do caso em apreço impõem uma decisão adequada, considerando as normas prima facie aplicáveis. É o que ensina Klaus Gunter:

‘Se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras que podem ser aplicadas prima facie à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Desta maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas.’ (Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Cadernos de Filosofia Alemã, no. 6, p. 97)

Estão em pauta princípios como o da boa-fé, segurança jurídica, legalidade, entre outros, o quais podem colidir no plano abstrato das normas mas que, diante da concretude dos fatos, conduzem a uma decisão adequada para a solução do conflito. (RMS no. 19.433/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 7.2.2006, DJ 20.3.2006, p. 310)

E nem se diga que, em relação ao citado REsp. no. 765.212 (Rel. Min. HERMAN BENJAMIN), a ausência, no acórdão recorrido, de elementos fáticos sobre a conduta do agente político corroboraria a

conclusão a que se chegou, pois, caso isso tenha ocorrido, por maior razão seria inviável a reforma do acórdão, haja vista a tão prestigiada Súmula no. 7/STJ.

A revelar a importância do contexto na motivação das decisões judiciais, merece registro entendimento firmado no AgRg no AREsp no. 73.968/SP (Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 29.10.2012) que manteve condenação por ato de improbidade de uma médica que emitiu atestado em seu próprio favor. O laudo médico atestou que a servidora está apta a tomar posse em cargo público, o que foi confirmado por outro laudo de outro médico. Consta do voto do Ministro relator do caso: *Como constatado pelo acórdão recorrido, o laudo emitido pela recorrente em seu próprio benefício não foi determinante para sua posse no cargo público, porquanto esta também se apoiou em laudo médico emitido por outro profissional.*

A partir dessa consideração, poder-se-ia afirmar que a servidora não se beneficiou do laudo por ela emitido, a revelar o erro escusável de sua parte quando emitiu o atestado em relação a si mesma. Caberia, então, indagar: nesse cenário, pode-se falar em ato ímprobo? Pode-se dizer que a médica é ímproba?

O STJ entendeu que sim, embora o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA tenha alertado (e ficou vencido) que *a conduta da servidora não tem a relevância infracional que se lhe atribuiu, porquanto, em primeiro lugar, esse laudo médico não está imputado de falsidade, até porque (a) não serviu para a finalidade pretendida e (b) foi lastreado em laudo de outro médico, este sim, o prestante para a posse da recorrente no cargo.* Esse caso, revela, a nosso ver, típico julgamento que desprestigia o contexto e a conduta do agente em favor de exame focado apenas no resultado (ato ilícito).

Nesse cenário, o problema da motivação das decisões judiciais parece decorrer de um sofisma. Premissa maior: todos devem conhecer a lei; premissa menor: a lei foi descumprida; logo, o agente almejou ou correu o risco do resultado ilícito e, portanto, é ímprobo.

Tese lançada no AgRg no REsp. no. 1.523.435/SP (Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 29.2.2016) é ilustrativa: *o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados*

pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca das finalidades específicas.

Veja que se o agente *deveria saber* que a conduta era ilegal, o dolo estaria demonstrado, uma vez que o resultado ilícito ocorreu. O caso acima levou o Chefe do Executivo Municipal à condenação por improbidade em razão de ocupante de cargo de comissão ter desempenhado *tarefas rotineiras e permanentes da Administração, tendo ocupado o cargo ilicitamente, porquanto seu acesso, necessariamente, deveria ter sido precedido de concurso público, daí porque não há que se falar na inexistência do elemento subjetivo doloso.*

A tese referida é de difícil compatibilização com outra firmada também pelo STJ que reconhece ser inaplicável o art. 11, da Lei no. 8.429/1992 (violação a princípios), por parte de agente *inábil*. Vejamos:

O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei no. 8.429/1992 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa). Precedentes: AIA no. 30/AM, CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 27.9.2011, REsp. no. 1.103.633/MG, 1T, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 2.8.2010). (REsp. no. 1.248.529/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 18.9.2013).

Ora, sob pena de responsabilidade objetiva que, como sabemos, é focada no resultado e não na conduta, é indispensável demonstrar algo mais do que o dever de conhecer as normas. Questões mereceriam esclarecimento: conluio? relação de amizade ou parentesco? benefício político ou eleitoral? É importante, desse modo, que o contexto seja devidamente apurado e considerado na motivação da condenação por ato de improbidade administrativa. No REsp. no. 951.389 (Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe. 4.5.2011), por exemplo, houve a

condenação por vício em procedimento licitatório depois de *comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviços contratados*.

No âmbito eleitoral, o tema da improbidade é igualmente relevante e preocupante, porquanto a alínea g, do inciso I, do art. 1o., da LC no. 94, prevê como causa de inelegibilidade a rejeição de contas por vício insanável que configure ato doloso de improbidade. A valoração jurídica sobre a nota de improbidade cabe à Justiça Eleitoral, porquanto os Tribunais de Contas não têm competência para tanto.

No RESpe no. 143-13 (TSE), entendeu-se pela configuração de ato doloso o fato de o candidato não ter cumprido, quando gestor municipal, *convênio firmado com o Ministério da Saúde ao promover 'uma aquisição a menor de leite em pó e a maior de óleo de soja no âmbito do Programa de Atendimento aos Desnutridos e às Gestantes de Risco Nutricional.'*

Muito embora o acórdão regional então recorrido tenha ressaltado que se tratava de *mera imperícia do administrador*, o TSE reformou a decisão, posicionando-se pela ocorrência de ato doloso de improbidade. Segundo o Ministro Relator, *não é lícito ao administrador desconhecer as leis e os convênios aos quais sua gestão está vinculada*. E, ainda, que não se exige o *dolo específico, bastando para a sua configuração a existência de dolo genérico ou eventual, o que se caracteriza quando o administrador deixa de observar os comandos constitucionais, legais ou contratuais que vinculam a sua atuação*. (REsp. no. 143-13. Rel. Min. HENRIQUE NEVES. Publicado na sessão de 6.12.2012)

Vê-se que superada a tese da indispensabilidade do dolo nas hipóteses previstas nos artigos 9o. e 11, da Lei de Improbidade, o desafio está na devida avaliação da conduta do agente que revele a sua vontade em atingir o resultado vedado pela norma, à luz do contexto e não apenas da mera violação à lei, sob pena de se consagrar a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade administrativa. Indispensável observar que de um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, ipso facto, necessariamente, que o resultado (efeito) tenha sido também querido direta ou indiretamente pelo agente.

E é nesse aspecto que alguns precedentes, diferentemente dos que até aqui mencionados, passam a considerar a efetiva demonstração do elemento subjetivo.

Diferentemente do aludido REsp no. 765.212, nos autos AgRg no AREsp no. 270.857 (Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 29.10.2013), o STJ manteve decisão pela improcedência da ação de improbidade administrativa, *por ausência dos elementos subjetivos e objetivos, porquanto não comprovada a má-fé dos agentes ou dano ao erário.*

O ato ímprobo consistiria no fato de o Município de Ponte Nova ter adquirido três retransmissores de televisão da empresa Machado Corrêa, sem o devido procedimento licitatório, razão pela qual o ministério público ajuizou a ação civil pública contra o então prefeito e outros dois servidores municipais. O STJ confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça que partiu da premissa de que *a infringência aos ditames da Lei no. 8.666/1993, por si só, não seria suficiente para a subsunção automática das condutas dos demandados aos tipos previstos na Lei de Improbidade.* E, ainda, de que *inexistindo prova de que o administrador tenha se beneficiado com as possíveis falhas, tampouco tenha delas advindo real prejuízo ao erário municipal, improcede a condenação na prática de atos de improbidade administrativa.* (AgRg no AREsp 270.857/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 17.10.2013, DJe 29.10.2013).

Nesse caso, verifica-se maior atenção ao requisito do elemento subjetivo, pois não seria apenas a infringência da Lei no. 8.666/1993 suficiente para configuração do ato de improbidade.

Merece destaque o REsp. no. 1.536.895-RJ (Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA, DJe 8.3.2016) que reformou decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por considerar inexistente ato de improbidade administrativa, uma vez que o Tribunal de origem *não demonstrou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente na prática do ato que lhe foi imputado como ímprobo.*

A ação civil pública por ato de improbidade foi ajuizada em razão de o Município ter patrocinado obra na Igreja São Jorge, em valor próximo a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Para o juiz de primeira instância, tal prática revelaria ato de improbidade a merecer as penalidades de ressarcimento ao erário, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratação com a Administração Pública. No Tribunal de Justiça, foi mantida a condenação do Prefeito Municipal do Rio de Janeiro, César Epitácio Maia, uma vez que *a aplicação de recursos*

públicos em obras e eventos religiosos viola a laicidade estatal e com ela a própria noção de igualdade e republicanismo de nosso regime democrático ficam vulnerados. (voto vencedor no Tribunal de Justiça do RJ). Nessa toada, o elemento subjetivo estaria demonstrado mediante a *consciência e voluntariedade quanto à realização do ato impugnado.*

Conforme bem salientou o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA, relator do REsp em análise, importa saber se o elemento subjetivo deve ser demonstrado a partir da conduta do agente ou do resultado dessa conduta. Segundo o Ministro, a indagação se justifica pelo fato de que *se a resposta afirmar que está no resultado, pode-se dizer que todo resultado lesivo será automaticamente doloso; no entanto, certo é que o dolo está na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente e isso é o que deve ser demonstrado, e que não foi no caso em apreço.*

Assim, segundo S. Exa., importa *identificar, no amplo contexto dos vários atos infracionais ou ilegais passíveis de cometimento pelo Agente Público, aqueles que contêm seguros elementos que apontam para a existência de improbidade; esses elementos são a tipicidade, a lesividade e a culpabilidade, esta sempre a título de dolo.*

O “dolo genérico” mereceu especial atenção do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA, que alertou sobre a “rasa” compreensão que vem sendo utilizada em decisões judiciais:

Não há, portanto, em se falar que o dolo genérico se perfaz com a presença apenas da consciência da ilicitude, como se vem admitindo, no que toca ao art. 11, por violação do princípio da legalidade, haja vista que sua configuração depende tanto da consciência, como da vontade do agente, dispensando tão somente a intenção específica. (REsp. no. 1.536.895)

Evidente, portanto, que não se demonstra o dolo, nessa perspectiva, a partir da suposição de que todos devem conhecer a lei.

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência do STJ oscila: ora apresenta motivação consistente, exigindo-se a efetiva demonstração do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade, ora caminha na contramão do avanço jurisprudencial sobre a indispensabilidade de conduta dolosa para as hipóteses dos artigos 9o. e 11, da Lei de Improbidade, quando se refere a tese do “dolo genérico

ou dolo eventual” sem a devida perquirição da vontade do agente em realizar a hipótese vedada pela norma.

Importante projeto de lei pode ajudar a realinhar a jurisprudência, elucidando aspectos fundamentais da devida motivação das decisões dos órgãos de controle. Trata-se do PLS no. 349/2015, de autoria do Senador Antonio Augusto Junho Anastasia, que propõe a inclusão de dez artigos à antiga Lei de Introdução do Código Civil, atualmente denominada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Alguns artigos do referido projeto merecem destaque:

Art. 21. A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Parágrafo único. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes.

Art. 25. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

A rigor, tais comandos já decorrem do regime jurídico em vigor, uma vez que o paradigma de Estado Democrático de Direito que tem como uma de suas garantias estruturantes o devido processo legal impõe a motivação válida (clara, suficiente e congruente) aos atos estatais, especialmente daqueles que impõem consequências jurídicas desfavoráveis as pessoas, como ocorre na aplicação da lei de improbidade administrativa.

Diante da quadra jurisprudencial apresentada, tais comandos serão muito bem-vindos, pois jogam luz sobre o dever de o magistrado

enfrentar, com responsabilidade, o significado da devida motivação de suas decisões.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE CULPOSA DO ART. 10, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Para examinar a segunda questão focada neste artigo, faz-se necessário verificar os desdobramentos da distinção entre o princípio da legalidade, moralidade e probidade administrativa para, então, saber se o art. 10, da Lei de Improbidade, ao prever a culpa na tipificação do ato ímprobo, seria inconstitucional.

Em outras palavras, a cogitada distinção teria o condão de revelar a inconstitucionalidade da modalidade culposa do art. 10, da Lei de Improbidade? Ou, ainda, seria possível que, objetivamente, ato ilegal ou imoral seja qualificado como ímprobo, ainda que o agente público não tenha desejado o resultado ilegal ou imoral?

A nomeação de parentes para cargo de provimento em comissão, por exemplo, tem sido reconhecida pelo STF como ato violador da moralidade administrativa, o que evidenciaria a possibilidade de ter sido praticado ato imoral sem ocorrência do elemento subjetivo. Tanto assim que foi determinada a exoneração dos parentes nomeados para cargos, sem que houvesse responsabilização daquele que promoveu a nomeação. Diferente a situação daquele que, uma vez alertado sobre a conduta imoral, insista na conduta.

Ainda mais visível a possibilidade de violação da legalidade sem que, necessariamente, haja elemento subjetivo na conduta do agente. Basta ver dezenas de situações em que é concedida a ordem em mandado de segurança e, pois, praticado o ato ilegal, ainda que a autoridade coatora não tenha agido com dolo ou culpa.

Com efeito, é possível falar em ilegalidade e imoralidade sem que, necessariamente, esteja em pauta a vontade de atingir resultado vedado pela norma.

A (im)probidade administrativa, por outro lado, detém característica própria que lhe confere identidade e tratamento constitucional autônomo. Não sem razão o constituinte, ao lado da moralidade e da legalidade, trata da (im)probidade administrativa:

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

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

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5o., VIII;

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

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 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.

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;

Diante do tratamento autônomo entre legalidade, moralidade e improbidade, impõe-se ao operador do direito desvelar, a partir da

interpretação sistemática do texto constitucional, as diferenças consideradas pelo constituinte.

Percebe-se, claramente, que em mais de uma passagem o constituinte atrelou a (im)probidade administrativa à imposição de sanções de extrema gravidade: i) no art. 15, V, e art. 37, § 4º., ao prever a suspensão ou perda dos direitos políticos; ii) no art. 37, § 4º., ao dispor sobre a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário; e, no art. 85, ao disciplinar o crime de responsabilidade.

Tal constatação autoriza concluir que a improbidade administrativa, diferentemente da ilegalidade ou imoralidade, somente ocorre na perspectiva de grave abuso do direito ou do desvio de finalidade, a atrair, necessariamente, o elemento subjetivo por parte do agente público.

Caso contrário, não subsistiria diferença alguma entre (im)probidade e (i)moralidade administrativas, e até mesmo em relação à (i)legalidade.

Desse modo, vê-se sentido na afirmação de que a improbidade administrativa seria forma qualificada de ilegalidade ou imoralidade. Todavia, a forma qualificada está vinculada à noção de desvio de finalidade, a impossibilita a modalidade culposa do agente.

É que o desvio de finalidade pressupõe, exatamente, o móvel do agente dirigido a determinado fim vedado pelo ordenamento, dolo, portanto, não sendo cabível sustentar que se almeja algo de modo culposos. Em outras palavras, é incompatível a forma culposa com o desejo de se obter determinado resultado, que se sabe ofensivo à ordem jurídica mediante certa conduta humana.

Contudo, o STJ, conforme noticiado no início deste artigo, não examina a questão em profundidade e destaca o fato de haver previsão expressa, no art. 10, da modalidade culposa. Ilustrativamente, recente decisão condenou ex-prefeito municipal que, em patente violação ao art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal, contraiu obrigações de despesa nos dois últimos quadrimestres do seu mandato, sem disponibilidade de caixa para seu pagamento. Daí, ter-se concluído ter o *réu agido ao menos com culpa na gestão dos recursos públicos, o que é suficiente para o enquadramento nas condutas previstas no art. 10 da LIA*. (REsp no. 1.252.341/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 5.9.2013, DJe 17.9.2013)

Impõe-se, à vista do exposto, aprofundar o exame da matéria considerando criteriosamente os conceitos legalidade, moralidade e probidade, e também os conceitos má-fé e boa-fé, e ainda o dolo e a culpa.

Que a lei de improbidade administrativa contempla improbidade na modalidade culposa, é óbvio. Basta que se proceda à leitura de seu art. 10, *caput*, que reza:

Art. 10- Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas no art. 1o. dessa lei;

Se assim é, só há sentido em discutir a admissibilidade ou não de improbidade administrativa na modalidade culposa na medida em que se possa levantar fundadas dúvidas quanto à compatibilidade do disposto no art. 10, *caput*, com disposições constitucionais pertinentes à matéria.

Destarte, cabe indagar: pode haver dúvidas quanto à compatibilidade da lei com a Constituição da República? Parece que sim, pois admitir improbidade na modalidade culposa significa admitir a condenação de alguém às gravíssimas sanções nela cominadas, quer tenha ou não agido com dolo, não obstante se desarrazoado, *prima facie*, qualificar igualmente como ímprobos pessoas que tenham violado a ordem jurídica agindo, no que concerne ao elemento subjetivo, de forma acentuadamente desigual. Destarte, improbidade na modalidade culposa soa ofensiva ao princípio constitucional da isonomia, que postula, fundamentalmente, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Poder-se-ia dizer que a própria Lei de Improbidade admite alguma discricionariedade judicial – que não se confunde com conveniência e oportunidade do julgador - na aplicação das sanções que comina, em face também da gravidade do fato (art. 12). Mas nem de longe a Lei dá às hipóteses de dolo ou culpa relevo especial, como ocorre, por exemplo, em matéria penal.

Esse argumento, isoladamente considerado pode não se apresentar suficientemente convincente, mas, somados a outros, há de pelo menos inquietar os espíritos desarmados.

Ora, dentre outros argumentos hábeis a robustecer o estado de dúvida inicial quanto à constitucionalidade da previsão legal de improbidade culposa, pode-se invocar um de singular importância, qual seja: conquanto a Constituição da República não tenha definido improbidade, ensejando o entendimento de que à lei então cabe assim qualificar os comportamentos que melhor lhe aprouver, o fato é que essa suposta discricionariedade legislativa não é tão ampla quanto alguns supõem, pois o conceito de que a palavra improbidade é expressão verbal é, antes de tudo, conceito constitucional. E constitucionais são também os conceitos de legalidade e moralidade, razão pela qual a extensão dos mesmos há de comportar limites extraíveis da própria Constituição, e que à legislação ordinária não é dado ignorar.

Legalidade, moralidade e probidade não são expressões sinônimas. Tanto é verdade que não é toda e qualquer ofensa à ordem jurídica que enseja propositura da ação popular a título de proteção da moralidade administrativa (CR, art. 5o., LXXIII) ou a aplicação das sanções que a Constituição prescreve como aplicáveis a atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4o.).

Segue-se que pode haver ofensas à ordem jurídica – ilegalidades – que não impliquem necessariamente ofensa à moralidade administrativa e muito menos ofensa à probidade.

Suponhamos que haja indeferimento de um pedido de licença que tenha ensejado ao interessado pleitear perante o Judiciário o reconhecimento do seu direito de obtê-la e que, a final, o Judiciário dê pela procedência da ação acolhendo a alegação do autor de que o indeferimento foi ilegal, ilegalidade essa decorrente de interpretação equivocada da autoridade administrativa quanto à lei a aplicar. Terá havido decisão administrativa ilegal, mas não necessariamente eivada de improbidade. Sequer ofensa à moralidade administrativa terá ocorrido.

Forçoso reconhecer, destarte, que há de haver critério jurídico hábil à identificação de atos que, além de ofensivos à ordem jurídica, sejam também não apenas ilegais, mas atos de improbidade, de sorte que o legislador não seja absolutamente livre para qualificar como sendo improbidade quaisquer ações ou omissões. Além de ofensivas à ordem jurídica, ações passíveis de serem qualificadas como improbidade são apenas aquelas que se distingam das demais por reunirem alguma nota

característica peculiar a ser encontrada no próprio sistema constitucional. Se referida nota ficasse a critério do legislador ordinário, a este não se poderia, nesse aspecto, reconhecer limites extraíveis do referido sistema, o que pode ensejar, como já ensejou, exageros da lei ordinária. E sem limitações ao legislador ordinário de nada adiantaria dizer que no sistema constitucional legalidade, moralidade e probidade não são expressões sinônimas.

Mas como então extrair do sistema constitucional os núcleos conceituais de legalidade, moralidade e probidade? A resposta que nos parece racionalmente aceitável é a de que o sentido e alcance dos referidos termos ou palavras, exatamente por estarem utilizados pela Constituição, há de ser aquele da linguagem comum, consoante professam os estudiosos de hermenêutica constitucional², a menos que a própria Constituição lhes tivesse emprestado significações outras, o que não fez.

Destarte, legalidade é a qualidade do que é legal, do que está conforme a ordem jurídica em vigor. Moralidade é a qualidade do que está de acordo com valores dos quais se ocupa a ética, ramo do conhecimento voltado à identificação do que é bom ou mau, do que é virtude ou vício. Mas a moralidade postulada pela Constituição é, a nosso ver, moral jurídica³, assim compreendida aquela que é consubstanciada pelos valores

² Regina Maria Macedo Nery Ferrari, em sua obra *Direito Constitucional*, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 92, anota: As normas constitucionais apresentam singularidade quanto a seus termos, e isto levou Geraldo Ataliba afirmar que *a interpretação da lei constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos. Na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário a preferência recai sobre o sentido técnico, sendo que a aceção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma aceção técnica*. Ver também J.J. Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ed Almedina, 3a. ed, 1998, p. 1143, nota de rodapé no. 16, que anota: *Na jurisprudência e doutrina americanas os dois cânones de constitucional construction mais utilizados têm sido os seguintes: (1) as palavras ou termos da constituição devem ser interpretados no seu sentido normal, natural, usual, comum, ordinário ou popular; (2) quando se utilizam termos técnicos eles devem ter sentido técnico*.

³ Ver Márcio Cammarosano in “O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa”, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006; “Moralidade Administrativa” in *Tratado de Direito Administrativo*, coordenação de Adilson Abreu Dallari e outros, Ed. Saraiva, 2013, vol 1, pp. 256 a 275.

morais juridicizados, isto é, encampados pelo direito posto, que prestigia, por exemplo, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a veracidade, a solidariedade, a honradez, dentre outros valores. Nessa ordem de raciocínio, comportamentos ofensivos à ordem jurídica, violadores de normas que juridicizam valores morais, são comportamentos ilegais agravados.

Mas a violação da ordem jurídica pode ainda apresentar-se especialmente qualificada pelo atuar com desonestidade, dolosamente, mediante fraude, de sorte a ensejar a aplicação de sanções as mais severas, porque aí sim estar-se-a à diante de improbidade administrativa, de comportamento de quem objetivou resultado de cuja especial antijuridicidade qualificada pela desonestidade tinha plena consciência.

Há que se reconhecer, portanto, diferentes graus quanto à gravidade do comportamento ofensivo à ordem jurídica. Todo comportamento, ou resultado de que seja causa, em desacordo com a ordem jurídica, ofensivo a regras e ou princípios jurídicos que a compõem caracteriza-se como ilegalidade. Se a ilegalidade implicar ofensa às normas que juridicizam valores morais, como ocorre com qualquer intencional violação da lei ou desvio de finalidade, a ilegalidade restará agravada, configurando ofensa à moralidade administrativa, ensejando até a propositura, por qualquer cidadão, de ação popular (Constituição da República, art. 5o., LXXIII). Mas se a ofensa à ordem jurídica implicar ainda desvio ético-jurídico de superlativa gravidade, consubstanciando desonestidade, referida ofensa à ordem jurídica especialmente qualificada configura, aí sim, improbidade administrativa.

Digno de nota, a propósito, que a Constituição da República quando se refere à improbidade prescreve que as sanções cabíveis, que enumera, de acentuada severidade devem ser aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4o. última parte), e que atos do Presidente da República atentatórios à probidade na administração são crimes de responsabilidade (art. 85, V).

Também é digno de nota o erro em que alguns laboram ao confundir o comportamento imputável a alguém com o resultado de que o comportamento tenha sido causa.

De um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, *ipso facto*, necessariamente, que o resultado (efeito) tenha sido também querido direta ou indiretamente pelo agente.

O comportamento pode haver sido voluntário e, em princípio lícito, mas o resultado ilícito de que o comportamento tenha sido causa pode não haver sido querido. Não obstante objetivamente ilícito o resultado, não há que se falar em improbidade administrativa⁴.

O motorista de veículo oficial que está a dirigi-lo (ação voluntária), e que, revelando imperícia diante de uma circunstância qualquer, acaba por provocar um acidente de trânsito (resultado), responderá pelo dano causado inclusive ao veículo oficial, mas a título de culpa, e não de dolo. Mesmo assim terá cometido improbidade nos termos do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade, já que ensejou, embora culposamente, perda patrimonial? É evidente que não.

O agente de trânsito que lavra auto de infração, o faz voluntariamente. Mas se o faz supondo que ocorreu infração que em rigor não existiu, equivocando-se, por exemplo, quanto a haver sido desrespeitado sinal de trânsito, terá expedido voluntariamente ato administrativo inválido sem que tenha querido prejudicar indevidamente o suposto infrator. Haverá de responder por improbidade por ofensa ao princípio da legalidade, nos termos do art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade? Parece evidente que não.

Equívoco comum é ignorar que improbidade, além de pressupor ofensa à ordem jurídica e à moralidade administrativa, pressupõe, repita-se, também grave desvio ético, inexistente nos casos de culpa.

Como falar em grave desvio ético sem que o agente ao qual se imputa ofensa à ordem jurídica tenha se conduzido sem propósito viciado, eivado de má-fé, sem consciência da antijuridicidade do resultado a que, a final, tenha dado causa? Só há grave desvio ético quando alguém atua revelando, repita-se, móvel viciado, má intenção, desígnio moralmente reprovável, a ensejar reação mais severa da ordem jurídica do que a prevista para fulminar de nulidade atos meramente em descompasso com a ordem jurídica, ou para apenar administrativamente um servidor ou obrigá-lo à reparação civil do dano causado.

⁴ Nesse sentido Sirlene Arêdes, ao destacar a intenção do agente que pratica ato de improbidade: *Se a improbidade administrativa caracteriza-se pela busca de um fim não aceito pela ordem jurídica ou pelo uso de um meio ilícito e volitivamente escolhido, não há como existir na modalidade culposa, uma vez que a culpa só existe quando o fim buscado pelo agente é lícito.* (ARÊDES, Sirlene. Responsabilização do Agente Público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 168).

Ofensas à ordem jurídica podem ser detectadas objetivamente, até independentemente de dolo ou culpa, mas a qualificação da ilegalidade comporta gradação consoante o elemento subjetivo na medida de sua censurabilidade. Em havendo ofensa à ordem jurídica qualificada pela especial censurabilidade ético-jurídica de quem se revela desonesto, aí sim cabe considerar a existência de improbidade, e não mera ilegalidade ou ofensa apenas à moralidade administrativa, em razão mesmo do princípio da proporcionabilidade que também condiciona o exercício da própria função legislativa.

Por fim, merece especial atenção o fato de nosso ordenamento jurídico, sabidamente, atribuir à boa-fé especial relevância jurídica, nos mais variados ramos do direito, público e privado, dispensando aos que dela estejam imbuídos tratamento diferenciado daquele reservado àqueles que atuam de má-fé.

Afinal, grave desvio ético-jurídico ensejador de qualificação como improbidade administrativa, mercê de sua superlativa censurabilidade, pressupõe exercício de livre arbítrio, de opção por atuar objetivando conscientemente um resultado sabidamente ilícito e desonesto.

O Direito chega até a proteger os que agem de boa-fé e penaliza os que obram de má-fé, razão pela qual não se pode admitir que a Lei de Improbidade Administrativa ignore ou minimize referidos elementos subjetivos antagônicos, dispensando em face de ambos substancialmente o mesmo tratamento, como faz expressa e inconstitucionalmente em seu art. 10, *caput*.

3. CONCLUSÃO

Em síntese, afirma-se que o dolo, nas hipóteses dos arts. 9 e 11, da Lei de Improbidade, impõe ao julgador o dever de demonstrar, mediante devida motivação, que o agente pretendeu alcançar o resultado vedado pela norma, ou seja, não basta que tenha ocorrido violação à lei, ainda que patente. Conforme salientado, de um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, *ipso facto*, que o resultado (efeito) tenha sido também querido direta ou indiretamente pelo agente, sob pena de responsabilização objetiva em matéria de improbidade administrativa.

Caso contrário, estar-se-ia admitindo a banalização do uso da ação de improbidade administrativa como se fosse o único meio de reagir a

ilegalidades ou irregularidades. É preciso retomar o sentido da Lei de Improbidade, questionando, inclusive, o cabimento da modalidade culposa, sob pena de afastarmos pessoas idôneas da função pública, desencorajando-as de ocupar cargos públicos.

Devemos recordar que há o regime da ação civil pública ou da ação popular ou o processo administrativo como alternativas para ressarcir o erário ou inibir práticas ilegais ou irregulares desprovidas do dolo no sentido da vontade livre e consciente de atingir o fim vedado pelo Direito.

Quanto à modalidade culposa, prevista no art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade, verificou-se, a partir do tratamento constitucional autônomo entre legalidade, moralidade e probidade, violação à Constituição. Em outras palavras, a leitura sistemática do texto constitucional revela que a improbidade é forma qualificada de descumprimento da moralidade administrativa, vinculada ao desvio de finalidade, que, por sua vez, é incompatível com a culpa.

A TEORIA DA BAGATELA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE (*)

*Mariana Costa de Oliveira (**)*

1. INTRODUÇÃO

Foi nos domínios científicos do Direito Penal que surgiu e se firmou a ideia, que se observa entre os melhores penalistas, de reduzir-se ao máximo a tipificação de condutas sancionáveis, deixando-se à incidência de normas não penais a função repressiva daquelas condutas que, mesmo típicas, não ofendem – ou não lesam – direta e imediatamente bens jurídicos dotados de relevância; a noção de que somente as condutas infratoras de bens jurídicos relevantes merecem a atenção da função sancionadora penal é básica e dominante no pensamento jurídico da atualidade, embora alguns estudiosos tendam a não dar muito valor a essa vocação do nosso tempo.

Na contramão desse pensamento, verifica-se a tendência em sentido oposto, qual seja, a de se criar, às vezes profusamente, figuras típicas que servem mais para disseminar inseguranças e inquietações, do que promover a paz social; o Professor Jesús-Maria Silva Sánchez expõe com precisão e alto espírito crítico esse fenômeno contemporâneo, chamando a atenção dos legisladores para as consequências indesejáveis que produz (*A Expansão do Direito Penal. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002*).

Parece intuitivo que essa doutrina assuste aqueles que ainda pensam que a criminalização desenfreada de condutas antissociais, seguida da fúria condenatória que assola o poder judicial, possa atuar como elemento de dissuasão da criminalidade, por isso que asseguram esses estudiosos – com a maior dose de sinceridade e de boa fé – que a aceitação da bagatela sancionadora é uma espécie de porta aberta para a completa fragilização

(*) O núcleo deste trabalho foi inicialmente inserido no livro *Direito Sancionador*, publicado pela Editora Curumim, de Fortaleza/CE, em 2015, em parceria com Napoleão Nunes Maia Filho.

(**) Bacharela em Direito. Assessora de Ministro do STJ. Aluna do Curso de Mestrado do IDP/Brasília.

do sistema estatal repressivo, com o aumento de sua ineficiência e, portanto, com a abertura de um caminho largo e pavimentado para a insegurança jurídica desse mesmo sistema.

A expansão da criminalização reforça a natureza policial latente, incrustada no interior das instituições estatais, inclusive naquelas que servem de estrutura ao funcionamento do Estado de Direito, como anotou o Professor Eugênio Raúl Zaffaroni, ao afirmar que *todo Estado de Direito contém um Estado de Polícia em seu interior, que pugna pelo rompimento de seus limites. O Estado de Polícia não morreu, sobrevive em cada Estado de Direito, melhor ou pior espartilhado por este. Na realidade histórica, não há Estados de Direito perfeitos, senão modelos concretos que se aproximam mais ou menos do ideal, segundo contenham em maior ou menor medida o Estado de Polícia que trazem em seu interior* (Prefácio do livro Teoria do Injusto Penal, do Professor Juarez Tavares. Belo Horizonte: DelRey, 2000).

Esta observação do jurista platino é, sem dúvida alguma, aplicável a todas as relações estatais em atua o poder punitivo ou sancionador, quer se desenvolvam no âmbito da repressão criminal, quer se desenvolvam em outros âmbitos sancionadores, como o domínio infracional administrativo: também nesses âmbitos extrapenais, mas viabilizadores da imposição de penas, o elemento central da atividade é, precisamente, o uso intensivo da função de punir, do poder de sancionar, da força para castigar.

Frise-se, porém, que não é *somente a função de punir* que revela a existência do Estado Policial – *embora seja pelo seu exercício que mais claramente as suas contenções são desamarradas ou os seus limites são ultrapassados* – porquanto, em geral, as relações com o poder estatal demonstram a prevalência das pretensões do Estado e a submissão dos demais interesses a essas pretensões; nas relações tributárias, por exemplo, esse fenômeno da submissão se mostra em toda a sua imensa grandeza.

O abrandamento do rigor das penas é o capítulo *moderno* e completamente à parte da história, do mesmo modo que o *movimento* pela atribuição de caráter subsidiário ao Direito Penal, significando que o emprego de seus institutos seria a *ultima ratio* das reprimendas, é recente e – de certo modo – ainda meio hesitante; na verdade, em inquietantes e amiudados episódios, vê-se que a *fúria tipificadora de ilícitos mostra-*

se viva e frequentemente ameaçadora, ou seja, o Estado Policial mostra frequentemente as suas garras, as suas garras longas, afiadas e mortais, como as garras do Conde Drácula.

O Professor Carlos Vico Mañas ensina que há três técnicas coincidentes para se alcançar o equilíbrio desejável do sistema punitivo, atribuindo a cada uma delas uma *qualidade ou critério autônomo* para justificar a formação do juízo a respeito da realidade da infração: (a) o critério da adequação social – *a adequação social pressupõe a aprovação do comportamento pela coletividade*, tendo em conta um juízo sobre o *desvalor da ação*, separado, porém, do *desvalor do evento*; (b) o critério da concepção realística do crime – quanto à concepção realística do crime, o que se põe em resalto é a sua baixa ofensividade – ou mesmo a sua inofensividade – o que deve levar ao juízo de sua inidoneidade para lesionar o interesse protegido, não obstante se trate de conduta formalmente típica; e (c) o critério – *ou melhor, o princípio* – da insignificância, que se refere à *própria configuração do tipo sancionável*, indicando que a tipicidade não se esgota no juízo lógico formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime (O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31 e segs.).

Essas reflexões do jurista, como se vê, encaminham a apreciação da realidade das infrações – *criminais ou não* – para a verificação da sua *objetividade ofensiva* e da sua *lesividade concreta*, podendo ser afirmado que, se ausentes essas *cargas pesadas* (com eficácia potencial ou efetiva), não se estará diante de uma figura delitiva, embora se possa visualizar o preenchimento do seu correspondente *tipo legal infracional*, talvez compondo possivelmente outro ilícito punível, *mas não com as iras da lei penal, como parece evidente, por faltar-lhe ofensividade ou lesividade e, portanto, faltar-lhe a configuração típica material.*

Quando se diz, por exemplo, que o recebimento de propina, por Servidor Público, constitui um ilícito administrativo, geralmente se diz que *toda a ilicitude desse ato está contida no recebimento daquele valor ilícito, qualquer que seja a sua expressão financeira ou em dinheiro*, não vindo ao caso, pelo menos como empreendimento intelectual relevante, investigar-se as eventuais escusas que o servidor possa apresentar; ou seja, mesmo antes de ser apresentada, essa escusa já está *recusada, isto é, não se aceitará nenhuma escusa.*

O fundamento contemporâneo da teoria da bagatela é a consciência de que a privação da liberdade pessoal (nos casos de crimes) e da livre disposição dos bens das pessoas (nos casos de infrações não criminais) *somente se justificam quando e se manifestamente necessárias e o critério mais seguro dessa necessidade, com certeza, envolve o valor que se possa atribuir aos bens juridicamente protegidos*; por exemplo, se o suporte factual da ação imputada ao agente é uma lesão ou um dano patrimonial, requer-se que sejam – uma e outro – relevantes em termos quantitativos, ou seja, requer-se que expressem um *valor significativo*, em termos concretos; essa orientação se dirige à *tipificação material* dos ilícitos listados nos arts. 9o. (enriquecimento ilícito) e 10 (prejuízo ao erário) da Lei no. 8.429/1992.

Não se poderá, portanto, falar em *enriquecimento ilícito* de quem auferir, mesmo ilicitamente, uma vantagem patrimonial exígua; o art. 9o. da LIA remete o raciocínio do intérprete à identificação de *qualquer tipo de vantagem*, mas a compreensão dessa expressão não confunde com a de *vantagem de qualquer valor*. Se o critério da relevância quantitativa não for observado, então poderá ocorrer que o agente da improbidade que obtenha uma vantagem ilícita mínima ou cause um prejuízo irrelevante ao erário será punido com as mesmas sanções que recairão sobre o agente que obtém *vantagem ilícita capítosa* ou causa *grande prejuízo* ao erário; isso não quer dizer que o agente de pequenas infrações fique impune, *mas apenas que seja punido de acordo com a gravidade de sua falta e que essa gravidade seja ponderada pelo critério da justiça das coisas humanas*: sem esse critério, não há julgamento justo, há apenas execução.

2. OFENSA E LESÃO

A apuração da *carga* lesiva e/ou ofensiva das condutas sancionáveis é, por assim dizer, o processo de constatação objetiva ou de comprovação concreta da *densificação* dos indícios de antijuridicidade que a desobediência à dicção da norma indiciariamente aponta; e essa apuração, por óbvio, deve ser desenvolvida, no domínio do Direito Sancionador, tendo em vista a justa *adequação da sanção pretendida (ou projetada) à gravidade objetiva, concreta ou efetiva do comportamento havido indiciariamente como infrator*, consoante o *indício* decorrente da desobediência à norma proibitiva; a desobediência é, dessa forma, o primeiro sinal da existência do ato ilícito, mas não é a sua comprovação: *a tipificação normativa (ou legal) nem sempre leva à tipificação material (ou*

concreta), mas sem esta, sem a tipificação material ou concreta, o que se tem é apenas uma infração normativa ou uma ilegalidade.

É por isso que se pode dizer novamente (ou repetir) que a desobediência à norma sancionadora representa um indicativo – ou um *indício* – da ocorrência de ato ou de conduta sancionável, que poderá ser *confirmado* – ou não – com a ulterior demonstração, agora pelo resultado produzido ou efetivado, daquela ofensa ou daquele dano sugerido pela aludida desobediência ou pela infração à regra, ou seja, pela tipificação normativa.

O ilícito – *qualquer que seja a infração* – é uma *conduta que concretiza ofensa ou lesão (dano) a um bem juridicamente protegido* – e não uma *abstração* ou um *conceito, uma recomendação ou uma advertência ou conselho* que o legislador elabora; a só infringência à dicção da lei incriminadora não acarreta, por si só e de forma automática ou inevitável, o reconhecimento da existência completa da figura típica, porquanto esta, como dito, somente se faz efetiva ou concreta, quando (e se) aqueles ditos resultados (ofensa ou lesão) se acham *perfeita e efetivamente produzidos*.

Mas esses resultados (ofensivos ou lesivos), como é evidente, não devem ser confundidos com a noção trivial de *quaisquer resultados* produzidos pela ação ou pelo comportamento ilícito do agente, cumprindo frisar que *somente interessam ao Direito Sancionador os resultados relevantes*, ou seja, aqueles resultados que ofendem ou lesam *gravemente* o bem jurídico protegido pela norma incriminadora; se assim não se fizer – é do Professor Juarez Tavares essa oportuna advertência, referida ao Direito Penal – *corre-se o risco de consolidar no sistema jurídico repressivo aquela ideia de que as sanções punitivas podem ser caracterizadas como se fossem apenas de base privatística ou contratualista* (Teoria da Injusto Penal. Belo Horizonte: DelRey, 2000, p. 113).

É preciso deixar-se sempre bem assinalado que a tendência de confundir a infração à norma sancionadora com a própria realização do tipo ilícito conduz a um impasse metodológico sem solução visível, porquanto se chegará, com certeza, a situações de tensões insuportáveis, *vendo-se em todas as infrações legais figuras assombrosas, fantasmas terríficos, e, dessa forma, se implantando um reino de terror e medo, de intolerâncias de base essencialmente moralista, fundamentalista e religiosa, isto é, será adotada a culpabilidade como regra geral e imposto ao acusado o ônus de provar-se inocente*.

Refletindo criticamente a respeito da função sancionadora penal, o Professor Francesco Carnelutti (1879-1965) assinala o grande perigo de colocar-se nas mãos do legislador a chave geral do sistema repressivo, isto é, adotar-se como critério identificador das condutas hostis o mero tipo descrito na norma incriminadora, com um certo *desprezo* pela análise do fato (e das suas consequências); mas o tipo normativo do ilícito – diz esse mestre de muitas gerações de juristas – *é uma abstração, não uma realidade* (As Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: BookSeller, 2005, p. 59), por isso o juiz deve inverter essa ordem de prioridade, fazendo destacar a *função do fato*, minimizando, em consequência, *a função da norma*, na precisa delimitação do ilícito, ou tomando-a (a infração à norma) como *indício* da existência de um ato sancionável.

Quanto aos atos de improbidade, a Lei no. 8.429/1992 oferece, como se sabe, três *blocos* distintos de ilícitos administrativos que podem ser visualizados pelos seus correspondentes resultados: (i) o bloco das condutas que importam em *enriquecimento ilícito* (art. 9o.), (ii) o bloco das que *causam prejuízo ao erário* (art., 10) e (iii) o bloco das que *atentam contra os princípios da Administração Pública* (art. 11).

Relativamente aos dois primeiros blocos (arts. 9o. e 10 da Lei no. 8.429/1992), a ofensividade e a lesividade das condutas ali contempladas aparecem de forma tão patente *nos seus resultados*, que é praticamente nenhuma a dificuldade de identificar os seus conteúdos, porquanto, em ambos os casos, os efeitos materiais das condutas cogitadas são visíveis: nos casos de enriquecimento ilícito (art. 9o.) e de prejuízo ao erário (art. 10), os resultados (ou efeitos) são, portanto, exigíveis e indispensáveis para a consumação do ilícito, *mas esses resultados devem ser sempre relevantes, sob pena de não se configurar a realização material do tipo infracional e, assim, envolver-se a jurisdição em coisas irrelevantes*.

Quanto ao bloco das condutas elencadas no art. 11 da Lei no. 8.429/1992, muitos autores ensaiam – *e com inegável sucesso* – a explicação de que ali se trata de *ilícitos administrativos de mera conduta do agente*, não se exigindo, portanto, para a sua consumação, a produção de *nenhum resultado material, senão somente a infração ao enunciado normativo*; em outras palavras, na aplicação do art. 11 da Lei no. 8.429/1992, estaria o juiz dispensado de observar ou analisar o *resultado concreto, ofensivo*

ou lesivo, do comportamento do infrator da norma, eventualmente produzido, porquanto a infração – *por si só e independentemente de qualquer resultado ulterior* – bastaria, segundo essa equivocada visão, para definir a ocorrência do ilícito caracterizado como improbidade.

Essa concepção encerra um *exagero punitivo inexplicável*, que deve ser denunciado e mesmo combatido: não há, senão abstratamente, ilícitos (de qualquer natureza) inaptos a produzir ofensa ou lesão a bem jurídico, embora possam existir, obviamente, múltiplas infrações de outras ordens (ilegalidades em geral), não causadores de efeitos concretos: a improbidade, no entanto, é uma figura *altamente lesiva*, com características tão marcantes e tão singulares, que é descartável a sua confusão com outros ilícitos, ou seja, com aqueles outros ilícitos que são (apenas) ilegalidades.

A especificidade do ato ímprobo é, portanto, uma qualidade encontrável *somente em algumas ilegalidades, não em todas*, ou seja, aquelas ilegalidades *qualificadas* pelos seus resultados particularmente graves, em termos de ofensa ou lesão a certo bem jurídico relevante, protegido pela norma incriminadora; fora dessa consideração *singularizante*, ter-se-á de dizer – *o que não será juridicamente acertado* – que as ilegalidades e as improbidades são intercambiáveis, *não havendo distinção significativa ou ontológica entre elas*.

No entanto, as descrições dos tipos que produzem efeitos ofensivos e lesivos, previstos nos arts. 9o. e 10 da Lei no. 8.429/1992 são – todas elas – *manifestas e graves ilegalidades*, somente se distinguindo unas das outras *pelos seus correspondentes resultados, que ofendem diferentes bens jurídicos tutelados por aquelas disposições*; sendo assim, resta claro que as figuras dos incisos I a VII do art. 11 da Lei no. 8.429/1992 – *que são também manifestas e claras ilegalidades* – não se confundem com aquelas outras figuras dos arts. 9o. e 10 da mesma lei, embora, em todos os casos, trate-se de *indiscutíveis ilegalidades*.

Convém, ainda, insistir no ponto, segundo o qual, a *ofensa a princípios da Administração Pública* (incisos I a VII do art. 11 da Lei no. 8.429/1992) *não é uma coisa diferente, ou sequer distinta, numa consideração ontológica, da ofensa à legalidade*, até porque a legalidade é um dos princípios da Administração Pública (art. 37 da Carta Magna); mas a ofensa a qualquer princípio é justamente tida como mais *grave* do

que a violação a uma lei, o que expressa claramente uma circunstância *hierárquica*.

Mas não se irá afirmar que a violação de um princípio *dispensará a produção de resultados ou efeitos lesivos*, porque, em tal caso, a própria noção de *maior gravidade que lhe é ínsita*, desapareceria no simples enunciado da violação ou na impossibilidade prática de mensurá-la adequadamente; a ninguém ocorrerá que os tipos dos arts. 9º. e 10 da Lei no. 8.429/1992, sendo ilegalidades manifestas, *não seriam também, automática e gravemente, condutas ilícitas claramente ofensivas ou atentatórias aos próprios princípios da Administração Pública*.

Esse raciocínio leva à conclusão de que, *também nos casos do art. 11 da Lei no. 8.429/1992*, exige-se a produção de efeitos ofensivos ou lesivos, *para que a conduta do agente possa ser classificada como ato de improbidade administrativa*; é preciso ressaltar, porém, desde logo, que o fato de se afastar a nota ímproba de uma conduta ilícita não significa deixá-la à solta, sem a punição adequada, *porquanto as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não são as únicas existentes no arsenal repressor administrativo sancionador*, havendo muitas outras sanções que podem/ devem ser aplicadas aos praticantes de ilegalidades.

3. MINIMALISMO E BAGATELA

A apuração dos efeitos lesivos ou ofensivos, necessariamente decorrentes da conduta do agente, guarda *estrita relação* com a definição do *bem juridicamente protegido pela norma incriminadora*, porquanto é ao resguardo desse mesmo *bem jurídico* que ela (a norma incriminadora) se dirige: por conseguinte, a existência do ilícito correlaciona-se diretamente com a norma incriminadora, do mesmo modo que se correlaciona com o *bem jurídico* e, ainda, com os *resultados da conduta do agente*; pode-se afirmar que somente se consuma o ato ilícito ou infracional quando a conduta do agente ofende ou lesiona um bem juridicamente protegido, *causando-lhe agravo ou prejuízo relevante, no plano normativo e no plano empírico*.

A definição de *bem jurídico* – é da Professora Alice Bianchini esta observação, feita no campo do Direito Penal – acha-se (ainda) envolvida em inúmeras variações históricas, além de outras circunstâncias importantes, e continua distante de pacificação, *sem embargo de a ofensa*

ou a lesão a ele (bem jurídico) constituir o núcleo da própria noção do ilícito, ao ponto de se poder afirmar que, sem a vulneração a esse valor, não se poderá, com legitimidade, cogitar-se de ato sancionável.

Diz esta autora que tal definição (de bem jurídico) insere-se na própria moldura política estatal que a encarta e a sua compreensão afina-se com os valores que vigoram na sociedade considerada e que são, afinal, determinantes daquela concepção, pelo que dirige aos juristas penalistas a reflexão de que *os entendimentos acerca de bem jurídico sofreram inúmeras variações históricas e continuam distantes de assentamento. Sua concepção, no interior do Estado moderno, decorre das limitações impostas ao Direito Penal e deve ser compreendida a partir dos princípios e valores que determinam esse tipo de estrutura política.*

E ajunta essa jurista que *a tarefa que ora se propõe – intelectualmente exigente – é a conceituação do bem jurídico penal. Será privilegiado o seu aspecto material, já que a meta do trabalho é instituir o percurso a ser considerado no momento de se criminalizar in thesi determinada conduta, interessando, portanto, os aspectos que a antecedem* (Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: RT, 2002, p. 37).

A ofensa ao *bem jurídico* é o que resulta objetivamente da conduta ilegal e ilícita do agente, mas não se pode identificar na infringência à lei (quer dizer, na simples ilegalidade) o *bem jurídico* tutelado, pois esse elemento (o bem jurídico) é anterior à lei e esta (a lei) é editada visando à sua proteção; quando se tem a infringência à lei como *suficiente* para dar conta da conduta sancionável (tipicidade normativa) – *deixando-se em plano secundário os seus efeitos lesivos ou os seus resultados ofensivos* – na verdade se está transformando em *bem jurídico* a própria lei que o protege, ou seja, aceitando a *ilicitização* das condutas como *algo abstrato, puramente conceitual, moral, ideológico, religioso ou mesmo político.*

É preciso ter sempre em mente, na análise da figura infracional cuja prática se imputa ao agente, se dela (da conduta do agente) resultou algum efeito que interesse ao Direito Sancionador – *e não qualquer efeito ou qualquer decorrência* – porquanto somente o que seja relevante em termos de necessidade de sanção punitiva é que importa, sendo os demais resultados *infracionalmente irrelevantes*; em outras palavras, ainda que de uma conduta resultem vários resultados lesivos, somente o que tenha relevância jurídica é que serão objeto de atenção do poder

estatal sancionador, relevância essa que não se confunde com critérios de moralidade abstrata, por mais veementes que sejam as suas reivindicações.

O Professor Miguel Reale Júnior ensina – referindo-se ao Direito Penal – que *só se deve reputar como resultado relevante o efeito natural que faz parte do tipo penal, como é exemplo a violação à integridade física no crime de lesão corporal* (Instituições de Direito Penal. São Paulo: Forense, 2009, p. 244); isso quer dizer que, se da conduta humana não resultar algum efeito naturalístico ou empírico expressivo, não se tratará de infração sancionável penalmente ou a título de crime, embora outra sanção – *não penal* – possa ser imposta ao infrator; transpondo-se esse raciocínio para o âmbito dos ilícitos administrativos – a improbidade, por exemplo – é correto afirmar que somente serão ímprobos aquelas condutas do Servidor que produzam resultados lesivos de monta ou danos relevantes.

De outra perspectiva, diz-se que a relevância do resultado da conduta – *e não a relevância da própria conduta* – é que dará a medida da proporção da sanção e da própria tipificação; a Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, em monografia importante, sustenta que a proporcionalidade entre o resultado da conduta e a sanção penal imbrica-se com a liberdade das pessoas, porquanto, *o programa político criminal* (estatal) *deve estar dirigido a propiciar o máximo de liberdade para os indivíduos* (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 73).

A questão da verificação da relevância dos efeitos das condutas ilícitas – ou seja, a sua verificação para além da *tipicidade normativa* – é particularmente grave nas sociedades em que as desigualdades entre as suas classes componentes são agudas e severas, bem como as estruturas do poder estatal são empenhadas em manter essas desigualdades; deve-se ter em vista, nesses casos, como bem assevera o Professor Nilo Batista, que *nas sociedades de classes*, as formulações legais (ou normativas) são, essencialmente, expressões dos interesses das classes dominantes e se comprometem, obviamente (essas formulações), com a promoção da defesa desses mesmos interesses.

E diz o mestre do Rio de Janeiro que *mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o Direito Penal desempenha para a classe*

dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem (Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 109).

E um pouco mais adiante o mesmo jurista assim complementa o seu cortante pensamento a respeito desse compromisso, ao afirmar que *definitivamente, é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos limites entre a política criminal e o Direito Penal, tem caráter de classe. Tal constatação permite o aproveitamento crítico do conceito de bem jurídico, no amplo espectro das funções que lhe corresponde* (op. cit., p. 113).

Toda essa longa argumentação se dirige à demonstração da *insuficiência da infração à lei para esgotar a complexidade do ilícito – qualquer que seja a sua natureza – por isso nunca será dispensável avaliar-se, em toda a sua extensão, os efeitos ou os resultados lesivos ou ofensivos que da conduta (infratora) do agente deverão necessariamente resultar.*

Essas noções são próprias do Direito Penal, como se sabe, *mas são igualmente aplicáveis à atividade sancionadora extrapenal*, porquanto, na avaliação do ato de improbidade administrativa a extensão dos efeitos da conduta do agente *deve ser sempre objetiva e grave*, por isso que, quando os resultados lesivos ou ofensivos sejam de baixa ou de nenhuma repercussão, será cabível, na mensuração do ato de improbidade, a observância do *princípio da bagatela*, para excluir da conduta a tipicidade; neste caso, a conduta conduz ao chamado *indiferente infracional*, que poderá merecer outra sanção, mas não aquela que o sistema jurídico reserva para as condutas ímprobadas.

A importância do fato e de suas consequências objetivas, no domínio das infrações administrativas, é assinalada pelo Professor Fábio Medina Osório, ao lecionar que um dos critérios para se afastar a sancionabilidade do ilícito administrativo é precisamente o da *escassa gravidade dos efeitos lesivos da conduta do agente*; diz esse autor que a tipificação do ilícito administrativo *passa por duplice estágio, o formal e o material*; na opinião desse doutrinador, *a tipificação formal é apenas um primeiro passo no enquadramento da conduta do agente. Necessário, ainda, verificar a adequação material de sua conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas, exame de particularidades*

comportamentais, circunstâncias concretas, causas e motivações específicas e relevantes do agir humano, fatores sociais complexos e influentes no resultado, enfim, um conjunto interminável de circunstâncias (Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: RT, 2000, p. 193).

A tipificação material – *é ainda observação do mesmo jurista* – é um processo que exige complexas valorações, notadamente do julgador, acrescentando que, *todavia, resulta inevitável semelhante fenômeno, visto que se insere no campo da atividade interpretativa dos operadores jurídicos e na textura necessariamente ambígua do Direito. Todo tipo sancionador é formulado, no plano legislativo, in abstracto, sem levar em linha de conta fatores complexos e múltiplos que podem aparecer nos casos concretos. Descreve-se a conduta proibida com suporte em um juízo abstrato, valorativo de pautas comportamentais básicas. Sem embargo, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real torna imperioso o exame das particularidades do caso concreto, daí emergindo a possibilidade de uma real conduta que não ofenda, de fato, o bem juridicamente protegido* (op. cit., p. 199).

Seguindo-se essa lição doutrinária, vê-se que o juiz, ao examinar a postulação inicial da Ação de Improbidade Administrativa (e de qualquer outra em que se impute a alguém prática de ilícito), deverá verificar a natureza e a extensão do dano (ofensa/lesão) alegadamente oriundo do ato indicado como ilícito, no enunciado normativo, por ser desobediente à dicção da lei proibitiva; o resultado de tal avaliação, como se vê, é de *importância capital* para a definição da própria existência do ato acoimado de ímprobo (ou ilícito em sentido amplo), ou seja, sem essa demonstração *não será possível ao Julgador formar o juízo de reprovabilidade ou de antijuridicidade da conduta, para situá-la – se for o caso – no domínio da Lei no. 8.429/1992 ou de outro diploma legal sancionador.*

Esse raciocínio leva à conclusão da adoção, no Direito Sancionador, do conhecido *princípio da insignificância*, de tão rematada valia no campo do Direito Penal, como se reconhece, indicando descaber a invocação de *justa causa para o exercício da atividade sancionadora, quando ocorrente situação que possa ser qualificada de irrelevante, ou causadora de resultados lesivos juridicamente desprezíveis.*

No Direito Penal – repita-se – é bastante conhecida e seguida a *teoria da bagatela*, como explana o Professor Maurício Antonio Ribeiro Lopes, assinalando a benéfica influência das ideias minimalistas em matéria

criminal; ensina ele que, *no exato momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a pena criminal, pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a ideia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido, ou que se pretendia alcançar*. E detalha a sua lição afirmando que *o princípio da insignificância, assim, vem à luz em decorrência de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, a ser preenchido, doravante, não apenas por aspectos formais, mas também, e essencialmente, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça da imposição de pena criminal ao agente* (Princípio da Insignificância no Direito Penal. São Paulo: RT, 1997, pp. 33/34).

Mas a *teoria da bagatela* – como é conhecido esse modo de percepção da desimportância jurídica dos efeitos da conduta, *levando ao irrelevante infracional* – ainda não está plenamente aceita pelos estudiosos do Direito Sancionador, embora se deva entender que se trata de teoria que pode – e mesmo deve – ser aplicada em todas as searas da atividade punitiva, qualquer que seja, dado o seu sentido de universalidade, e isso porque, do ponto de vista ontológico, é nenhuma a distinção entre os crimes de baixíssimo potencial ofensivo e as outras infrações legais igualmente irrelevantes.

4. BAGATELA E PUNITIVISMO

A resistência à *teoria da bagatela* parece ter as suas fontes mais próximas na concepção de que *os infratores das leis são inimigos da ordem e, portanto, inimigos do Estado*, e essa concepção tem o poder de provocar os mais terríveis temores entre os defensores desses elevados valores políticos; talvez seja essa orientação que motiva a reação (ou a oposição) à incidência da *teoria da bagatela* no Direito Sancionador, que aos olhos de alguns, aparece mais como *condescendência com as infrações e os infratores*, do que como uma visão sistêmica dos princípios e normas da seara jurídica sancionadora.

É seguramente esse viés que motiva (e explica) o recrudescimento das sanções e dos castigos e a progressiva – e *acelerada* – diminuição das garantias processuais das pessoas imputadas ou submetidas a processos: o Professor Günther Jacobs é provavelmente o maior divulgador do que

se tem chamado de *direito penal do inimigo*, e o Professor Eugênio Raúl Zaffaroni o seu mais importante opositor.

A *teoria da bagatela* – apenas para recordar – provém originalmente dos antigos juristas romanos, baseados na orientação *de minimis non curat praetor* – o Juiz não se ocupa de insignificâncias – e foi absorvida pelos tratadistas medievais, passando depois, como princípio penal, às legislações posteriores, até às modernas e às contemporâneas; a *teoria da bagatela* (outrora restrita ao Direito Penal, mas hoje extensiva a outros territórios do Direito Sancionador) recebeu, nos anos da década de 60, *notáveis impulsos doutrinários*, sobretudo com os estudos penalistas do Professor Claus Roxin, que contribuiu poderosa e decisivamente para fixar-lhe o prestígio de que hoje desfruta.

Pode-se apontar, como exemplo desse *movimento de expansão da aplicação da teoria da bagatela*, a diretriz que o Supremo Tribunal Federal acolheu, aceitando a sua incidência – embora ainda no campo do Direito Penal – na verificação da *justa causa* no crime de descaminho (art. 334 do Código Penal), o que, até bem pouco tempo, era deveras recusado com absoluta veemência, dada a inegável relevância do bem juridicamente tutelado.

Dizia-se, invocando-se a *superior concepção dos interesses protegidos*, que a *teoria da bagatela* não seria aplicável aos agentes dos crimes contra a Administração Pública, orientação que contava com o apoio de inúmeros seguidores; mas o STF afastou essa diretriz, como se vê na ementa de acórdão então prolatado, da lavra sempre inspirada e precisa do Ministro Celso de Mello – seguindo a linha judicante de vários outros – que resumiu o seu paradigmático entendimento ao dizer que o *postulado da insignificância - que se qualifica como expressivo instrumento de política criminal - subordina-se, quanto à sua incidência, à presença, a ser constatada em cada situação ocorrente, de determinados vetores, que assim podem ser identificados: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.*

E afirmou ainda o douto jurista e magistrado a *aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de descaminho*, asseverando que o *Direito Penal não deve ocupar-se de condutas que produzam resultado, cujo*

desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Aplicabilidade do postulado da insignificância ao delito de descaminho (CP, art. 334), considerado, para tanto, o inexpressivo valor do tributo sobre comércio exterior supostamente devido (HC no. 97.927-RS, DJU 4.12.2009).

Porém, há indicações – auspiciosas e seguras – de que a *teoria da bagatela* caminha a passos largos para ser *plenamente absorvida* no Direito Sancionador, ou seja, evolui no sentido de *valorizar os efeitos das condutas dos infratores*, desprezando-se aquelas que não se mostram causadoras de *resultados significativos ou juridicamente relevantes*.

No que toca à ocorrência de ilícitos no procedimento de seleções públicas, por exemplo, já vigora o *critério da lesividade* para a configuração de infrações (tanto administrativas, como penais) relativas aos certames, como se vê nos arts. 96, V e 98 da Lei no. 8.666/1993 e nos comentários do Professor José Cretella Júnior (1929-2015), no seu livro *Das Licitações Públicas* (Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 405) e do Professor Diógenes Gasparini (Crimes na Licitação. São Paulo: NDJ, 2001, pp. 149 e 163).

Pode-se prever que, se o Direito Sancionador não for imediatamente contido na sua expansão, em breve muitos haverão de lamentar que os critérios da utilidade e da conveniência terão substituído as *avaliações consequencialistas* das condutas ilegais, tornando irreversível a tendência meramente estatizante das repressões; em outros termos, ter-se-á implantado sem reservas a ideia que a simples infração à norma sancionadora, ainda que dela (da infração normativa) não resultem danos de monta ou prejuízos relevantes, merecerá a sanção punitiva mais grave, tomando-se como objeto da proteção sancionadora a própria norma que prevê a proteção.

O Professor Fábio Roberto Dávila manifesta a sua perplexidade com essa situação dizendo que *se os objetivos tidos como relevantes pelo Estado, como o paradigmático caso do combate ao terror, entram em conflito com a manutenção de direitos e garantias fundamentais, colocando em xeque o êxito na obtenção de tais fins, não se leva a sério a possibilidade de existirem limites materiais intransponíveis à sua atuação; de existirem limites tão fortes que o fracasso diante do seu inimigo seja inevitável, em prol da manutenção de valores ainda mais preciosos, valores que dão legitimidade não só ao*

seu agir, mas à própria existência do Estado de Direito (Ofensividade em Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32).

Em síntese, o que é possível concluir é que *o ilícito não se confina na infração à lei*, mas na produção de resultados materiais de monta, lesivos ou ofensivos do bem juridicamente tutelado; se tais resultados não podem ser identificados, *não se estará diante de um ato sancionável com penas criminais ou com reprimendas de improbidade administrativa*, mas de uma infração que pode ser reprimida por outros mecanismos de defesa da sociedade.

Se não se refrear a tendência de sancionar com as penas da Lei no. 8.429/1992 todas as condutas infracionais dos Servidores Públicos – *afinal de contas, não é tarefa muito difícil enquadrar as ilegalidades como improbidades, dada a vacuidade do art. 11 dessa Lei* – em muito breve tempo se terá implantado um *clima de terror na Administração*, porquanto os seus próprios agentes sancionadores temerão ser acoimados de ímprobos, por recusarem condenar por improbidade alguém que cometeu uma ilegalidade simples.

5. A FUNÇÃO SANCIONADORA

Registram os estudiosos do Direito Penal que os tempos atuais assistem ao *avassalador crescimento das leis sancionadoras*, crescimento muitas vezes desprovido de reflexões mais demoradas a respeito dos seus fundamentos e das suas consequências imediatas; essa profusão normativa produz uma autêntica pressão sobre a atividade de aplicação do arsenal repressivo; a pletora de leis repressivas instiga os seus aplicadores à adoção da postura *resistente a esses avanços*, porque a exclusão dessa reação deixará o caminho completamente aberto à invasão das prepotências e das arbitrariedades.

Somente os juízes – *por sua vocação e por sua formação intelectual* – são aptos a captar essa deturpação e, captando-a, capazes de frear os seus ímpetos, mediante a racionalidade e a proporcionalidade no desempenho estatal sancionador, notadamente os que se passam no ambiente do processo, por meio da rigorosa observância das múltiplas garantias, que a Ciência do Processo Penal esmeradamente produziu, em prolongadas décadas.

Alegava-se, para manter-se os julgamentos judiciais afastados das questões metanormativas, que atribuir-se a tais operadores a *função questionadora transcendente* poderia gerar o chamado *precedente perigoso*, segundo o qual *não se deve empreender agora uma ação reformadora, ainda que reconhecidamente correta, pois não é seguro ou prudente imaginar que assim se possa continuar a fazer no futuro*; com essa atitude intelectual, deixa-se os julgadores na posição de *operadores jurídicos conservadores*, apesar de muitos deles, no ambiente acadêmico, afirmarem-se em desacordo com tal posição.

É assim que o filósofo Professor Albert Hirschman (1915-2012) critica a postura conservadora, resistente às sugestões de reformas de pontos de vista e apegada à repetição das dicções das leis e das suas exegeses anteriores; para ele, *os que argumentam nesse sentido não afirmam que a reforma proposta é em si mesma errada; em vez disso, alegam que ela conduzirá a uma sequência de eventos tal que seria perigosamente imprudente, ou apenas indesejável, tomar o rumo (intrinsecamente justo ou correto) proposto* (A Retórica da Intransigência. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 74/75).

Analisando esse tormentoso contexto, mas do ponto de vista das práticas sancionadoras (penais), diz o Professor Jesús-Maria Silva Sánchez que *a evolução das leis se tem desenvolvido em completa desconexão com os conceitos* e lamenta esse autor que naquela evolução se verificou um radical *pragmatismo, do qual um setor da doutrina extrai a manifestação de uma práxis sem ciência, isto é, carente de uma racionalidade capaz de legitimá-la* (Aproximação do Direito Penal Contemporâneo. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011, p. 9); mas a lei – poderão objetar alguns – não precisa a não ser da força para se legitimar, pois ela se nutre do seu próprio discurso: *é isso a práxis sem ciência, a decisão sem reflexão ou a sua justificação pelos seus resultados*.

Mas se os julgadores dos conflitos se limitarem a aplicar as sonoridades das palavras das leis, sem acrescentar-lhes as ponderações da sua visão singularizante, não estarão apenas se esquivando da elaboração de *juízos críticos*, mas estarão, na mesma medida, permitindo que as soluções que apresentam *não sejam criações da sua sensibilidade, pois terão deixado ao legislador (ou à lei) a avaliação das circunstâncias específicas dos casos concretos*.

A percepção que enfatiza ou hiper-valoriza o *princípio da legalidade acrítica*, sobretudo o princípio da *legalidade sancionadora*, tem merecido críticas e restrições; a Professora Maria Dometila Lima de Carvalho observa que *o princípio da legalidade põe ênfase justamente na lei, como decisão do povo. Todavia, a sua redução a mero formalismo provocou-lhe sérios desgastes. Por isso, afirmado sob a perspectiva da validade – dever ser – passou a ser questionado sob a perspectiva da eficácia: a lei nem sempre expressa a justiça. O desgaste, como não poderia deixar de acontecer, surgiu, também, na operacionalização do princípio no Direito Penal, onde, aliás, o apego à legalidade e seus corolários é mais sentido* (Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992, p. 54).

Foi a *campanha pelo garantismo jurídico* que reposicionou a equidade, nas formas de razoabilidade e proporcionalidade, *no centro das interpretações das leis escritas*, mas se impõe que as ameaças de retrocesso sejam eficazmente cortadas pela atuação dos agentes da Justiça; quando o poder judicial se resume a aplicar as leis, tal como soam as suas palavras, está apenas apondo o selo da legitimidade na solução de um conflito jurídico que não foi gerada nas suas instâncias e, desse modo, atrela-se aos roteiros do indefinível *sistema*, sem rosto, sem alma e sem gestores conhecidos, a quem se possa interpelar.

BIBLIOGRAFIA

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: BookSeller, 2005.

CARVALHO, Maria Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Crimes na Licitação*. São Paulo: NDJ, 2001.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

HIRSCHMAN, Albert, *A Retórica da Intransigência*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo: RT, 1997.

MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo, RT, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Forense, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, *Aproximação do Direito Penal Contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

TAVARES, Juarez, *Teoria do Injusto Penal*, Belo Horizonte, DelRey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *Prefácio do livro Teoria do Injusto Penal*, do Professor Juarez Tavares, Belo Horizonte, DelRey, 2000.



O AGENTE ÍMPROBO SEGUNDO O ART. 3º. DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Maurício Zockun**

SUMÁRIO:

I. A delimitação legal dos sujeitos ativos de ato de improbidade: o beneficiário direto ou indireto do ato ilícito; II. O pensamento do Superior Tribunal de Justiça; III. Situação qualificadora do sujeito como sendo beneficiado direto ou indireto da improbidade.

I. A DELIMITAÇÃO LEGAL DOS SUJEITOS ATIVOS DE ATO DE IMPROBIDADE: O BENEFICIÁRIO DIRETO OU INDIRETO DO ATO ILÍCITO

1. O art. 3º. da Lei de improbidade administrativa assinala aqueles em desfavor de quem se pode imputar a prática de ato de improbidade, qualificando-os como sujeitos ativos dos ilícitos prescritos nos arts. 9º. a 11 dessa lei. Em especial, chama atenção o preceito desta lei, segundo o qual são sujeitos ativos destes ilícitos as pessoas que se beneficiem, sob qualquer forma, direta ou indiretamente, do ato de improbidade.

Por força deste comando legal, os efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes do ato de improbidade colhem em seu campo todos aqueles que dele se aproveitem.

Conceba-se, no entanto, a seguinte situação: uma empresa é contratada pelo Poder público para realizar um dado objeto que, todavia, é fruto de um certame viciado. Isso porque o seu projeto básico foi elaborado de modo superfaturado em razão de conluio engendrado entre a Administração e algum outro administrado.

Sem embargo de a empresa contratada não ter participado do referido ilícito, alguns poderiam sustentar que ela foi indiretamente beneficiada pelo ato ímprobo. Afinal, tendo a licitação viciada se consumado e a

(*) Professor de Direito Administrativo na PUC/SP. Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Advogado.

empresa em questão sido contratada para realização do seu objeto, ao receber a contrapartida financeira avençada ela teria supostamente se aproveitado economicamente dos efeitos perpetrados pela prática do ato de improbidade. E, por esta razão, poderia figurar como agente ímprobo segundo o art. 3º. da Lei de improbidade administrativa.

2. Situações como esta nos imprime a fixar o sentido, conteúdo e alcance que se empresta ao preceito veiculado no art. 3º. da Lei de improbidade administrativa, segundo o qual aquele que se beneficia, sob qualquer forma, direta ou indireta, do ato de improbidade é, *ipso facto*, sujeito ativo da improbidade.

II. O PENSAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ao relatar o Agravo regimental no Agravo em Recurso Especial 264.086, a então Ministra Eliana Calmon reconheceu a prática de ato de improbidade pelos beneficiários contratados pela administração, pois *a instância ordinária afirmou categoricamente a participação dos particulares, ora recorrentes, na consecução dos atos ímprobos, a demonstrar o conhecimento das ilicitudes e seu consentimento com o resultado ilegal*. Reconheceu-se, portanto, que o beneficiário do ato ímprobo tinha conhecimento da ilicitude praticada e do resultado final que lhe aproveitava.

Esta posição parece ter sido referendada por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.127.143, ocasião em que o Ex-Ministro Castro Meira afirmou que o pagamento realizado em favor do particular pelos produtos contratados, cuja entrega foi apenas parcialmente atestada pela Administração, atrai a incidência do art. 3º. da Lei. Isso porque *se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual*.

4. À luz destes precedentes, é sujeito passivo do ato de improbidade a pessoa que recebe um determinado numerário da Administração pública sem ter realizado, total ou parcialmente, os encargos que lhe competia e, ademais, integra relação jurídica sabendo da improbidade que lhe enferma assumindo, com isto, as consequências advindas deste ilícito. Mas não só.

5. Preocupa-nos especialmente, no entanto, identificar as razões jurídicas capazes de qualificar uma pessoa como agente ímprobo, ao fundamento de que ela detinha conhecimento do ilícito cometido e com ele consentiu.

A preocupação se justifica porque, ao julgar o Recurso Especial 1.376.524, o Min. Humberto Martins qualificou como ímproba uma empresa pelo fato de ela ter sido contratada por dispensa de licitação em razão de situação emergencial. Esta justificativa declinada pela Administração pública foi rejeitada judicialmente, tendo-se afirmando que tanto o Poder público como a entidade contratada praticaram ato de improbidade.

E deste julgado emerge uma crucial questão: em que medida e extensão uma pessoa deverá esquadrinhar e reconhecer um ato supostamente ímprobo para, desta forma, ser qualificada como agente ímprobo? O tema ganha singular relevo diante da presunção de validade dos atos estatais.

III. SITUAÇÃO QUALIFICADORA DO SUJEITO COMO SENDO BENEFICIADO DIRETO OU INDIRETO DA IMPROBIDADE

6. A possibilidade de um particular ser beneficiado por um ato ilícito produzido pela Administração Pública é situação não apenas palatável, mas plausível.

Não fosse isto acertado, seria destituído de propósito o art. 54 da Lei federal 9.784, segundo o qual *O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*

7. Em vista disto, parece-nos infundada a ideia segundo a qual todo o proveito patrimonial e extrapatrimonial desfrutado por terceiros em razão da prática de ato de improbidade é causa bastante, só por si, para qualificá-los como agentes ímprobos.

Primeiro porque a conclusão formada neste sentido desaguaria no reconhecimento da responsabilização objetiva para fins de improbidade, afastando a culpabilidade que, como regra, se revela necessária para desencadear os efeitos de uma norma sancionatória restritiva de direitos e poderes.

Registre-se que a avaliação da subjetividade da conduta do agente faltoso para eclosão da correspondente sanção encontra assento no seio da própria Constituição da República, uma vez que o art. 5o., XLVI,

prevê que *a lei regulará a individualização da pena*. E a individualização da pena, por óbvio, se aquilata em vista da conduta subjetiva do agente faltoso no cometimento do ilícito.

Segundo porque, houvesse responsabilização objetiva pela prática de atos de improbidade, seriam seus sujeitos ativos, por exemplo, todos os empregados de uma sociedade de propósito específico criada com o velado propósito de fraudar criminosamente licitações públicas. Afinal, a remuneração desses empregados – e até mesma a participação aproveitada nos lucros e resultados dessa sociedade de propósito específico – decorreria do ilegítimo benefício econômico por ela experimentado pela prática de atos de improbidade em contratações públicas.

No entanto, segundo o art. 5º., XLV, da Constituição da República, *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*. Como os empregados não são sucessores da entidade ímproba, tampouco podem ser condenados pelo ato de improbidade praticado, existe vedação constitucional à sua responsabilização pela Lei de improbidade administrativa.

8. Assim, para que o terceiro beneficiado pelo ato de improbidade possa se qualificar como seu sujeito ativo, é imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos:

(i) existência de nexos de causalidade entre a conduta do agente beneficiado e o ilícito cometido. Com isto afirma-se que o agente beneficiado deve ter efetivamente contribuído para o cometimento do ato de improbidade.

Por igual razão, se o ato de improbidade nasceu alheio à participação ou à vontade daquele que por ele foi beneficiado e, ademais, o agente que se aproveitou da ilicitude não tem aptidão jurídica para interferir na sua prática ou nos seus efeitos, então é ilegítima sua qualificação como agente ímprobo.

Desse modo, não basta a existência de nexos causal para qualificar o terceiro beneficiado como agente ímprobo, pois a singela presença deste requisito desaguaria na eclosão da sua responsabilização objetiva. Daí porque a esse nexos causal se soma a efetiva participação do terceiro

beneficiado no cometimento do ato de improbidade ou, alternativamente, na sua habilitação jurídica para sustar o seu cometimento ou os seus efeitos diretos.

(ii) que a participação do agente beneficiado no cometimento do ato de improbidade tenha sido dolosa (no caso dos arts. 9º. e 11 da Lei de improbidade administrativa) ou, então, com culpa grave (na hipótese de ilícito cometido com fundamento no art. 10 da Lei de improbidade administrativa).

Isso porque, como já afirmou o Superior Tribunal de Justiça, *Não se pode confundir ilegalidade com improbidade* (Recurso Especial 1.150.73, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.11.2010).

Sem que estejam preenchidos esses dois pressupostos, aquele que se beneficiou patrimonial ou extrapatrimonialmente não se qualificará como agente ímprobo.

9. Apliquemos estes pressupostos na situação esquadrinhada no Recurso Especial 1.376.524, relatado pelo Min. Humberto Martins.

Sabe-se que um particular não pode interferir na qualificação de uma dada situação como sendo ou não emergencial para fins de contratação direta por dispensa de licitação. Isso porque é a própria Administração que, em procedimento interno, qualifica a ocorrência desta situação.

Assim, como todas as vênias, não nos parece acertado qualificar como ímprobo aquele particular contratado diretamente pelo Poder público ao fundamento de uma suposta situação emergencial que, ao final, é desclassificada judicialmente. E assim nos parece porque o particular não contribuiu para o nascimento do fato que, ao final, justificou a prática do ato de improbidade (a contratação direta por dispensa de licitação).

E ausente a capacidade de o particular interferir no fato que desaguou na formação do ato de improbidade, ele mesmo não poderia ser qualificado como agente ímprobo.



A MEDIDA PROVISÓRIA No. 703/2015, QUE REVOGOU O §
1o., DO ART. 17, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
NÃO AUTORIZA TRANSAÇÃO OU DELAÇÃO PREMIADA
PARA FINS DE DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DA
PRÁTICA DO ATO ÍMPROBO

*Mauro Roberto Gomes de Mattos**

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Operação Lava-Jato tem impulsionado o crescimento de várias delações premiadas feitas por investigados, denunciados ou condenados na esfera penal, sempre com o objetivo de diminuição de suas penalidades.

Apesar de ter sido introduzida em nosso ordenamento jurídico em 1603, pelas Ordenações Filipinas, no Título VI, item 12 e Título CXVI, o instituto da delação premiada ficou esquecido por muitos séculos em nosso país.

Apesar da Lei no. 8.072, de 26 de julho de 1990, ao dispor sobre crimes hediondos, em seu artigo 8o., parágrafo único, ter previsto a delação premiada como forma do imputado colaborar com a justiça, obtendo a diminuição da sua penalidade, ainda não seria o momento de tal instituto “decolar”, não despertando grande interesse por parte dos investigados ou acusados em ação penal.

Após o “mensalão”, onde foi questionada a aplicação de graves e sérias penalidades para os condenados que não foram inseridos no núcleo político, gerou-se o incentivo à utilização da delação premiada como fórmula de possibilitar ao delator a diminuição da pena.

Muito se questionou que, se o instituto da delação premiada fosse utilizado no “mensalão”, com certeza os condenados tidos como operadores do núcleo de corrupção não teriam contra si a aplicação de sérias sanções, além da possibilidade de outros culpados serem descobertos.

(*) Advogado e autor de livros sobre improbidade administrativa.

Surgiu a sensibilidade no meio jurídico de que se fosse levado a efeito o instituto da delação premiada para determinados condenados, no intuito de se buscar a punição dos verdadeiros “mentores”, também beneficiários de tal esquema de corrupção, havendo drástica diminuição de penalidades para determinados condenados que efetivamente colaborassem com a justiça.

Com essa visão jurídica, vários operadores do direito passaram a questionar o silêncio de alguns dos condenados na esfera penal.

Quando exsurgiu a “Operação Lava-Jato”, não houve mais a menor dúvida de que a saída de vários acusados seria a adesão ao instituto da delação premiada, com a finalidade de reduzir tempo na prisão e diminuir a aplicação de penalidade e de condenação em futuro ressarcimento ao erário.

Como, necessariamente, a situação de desvio de recursos para abastecer a corrupção político-partidária envolve lesão ao erário, há o necessário desdobramento para a improbidade administrativa a que alude a Lei no. 8.429/1992.

Nesse ponto, pelo fato da improbidade administrativa não ser direito disponível, não havia a menor possibilidade de ser admitida a transação, como permitido na delação premiada para fins penais, como forma de abrandamento da responsabilidade do agente público ou do terceiro beneficiário.

Aliás, essa era a dicção da redação embrionária do artigo 17, do § 1o., da Lei no. 8.429/1992, que vedava expressamente a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Apesar de ser expressa tal determinação, a doutrina não havia se atentado para os efeitos legais da delação premiada feita no juízo penal ou administrativo, para fins de repercussão perante a Lei no. 8.429/1992, em face da determinante vedação legal já declinada alhures.

Pensando nessa lacuna, tivemos a oportunidade de elaborar estudo jurídico denominado “Delação Premiada não serve para fins de admissibilidade de ação de improbidade administrativa”.¹

¹ MATTOS. Mauro Roberto Gomes de. “Delação Premiada não serve para fins de admissibilidade de ação de improbidade administrativa” *in* GOVERNET – Boletim de Administração Pública e Gestão Municipal – no. 41 – Fevereiro/2015.

Nosso posicionamento foi no sentido de que a petição inicial da ação de improbidade administrativa que tão somente se baseia na delação como meio de prova, não cumpria o requisito formal a que se impunha o artigo 17, § 6o. da Lei no. 8.429/1992.

Diante de tal realidade, onde o direito administrativo geralmente veda por serem indisponíveis transações em desvios de recursos públicos, foi editada a Medida Provisória no. 703, de 18 de dezembro de 2015, com a finalidade de flexibilizar a ocorrência de acordo de leniência previsto na lei anticorrupção (Lei no. 12.846/2013), permitindo que a Administração Pública possa também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos, com vistas à isenção ou atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar, dentre outros benefícios, bem como a revogação do § 1o., do art. 17, da Lei no. 8.429/1992.

Em face da revogação do dispositivo legal que impedia a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa (§ 1o., art. 17, da Lei no. 8.429/1992), pela Medida Provisória no. 703/2015, pergunta-se: é possível celebrar delação premiada para fins de apuração de improbidade administrativa? Em caso positivo, a delação premiada caracteriza indício suficiente para fins de admissibilidade de ação de improbidade administrativa?

Esse é o cerne do nosso estudo. E as respostas serão explicitadas e justificadas nos tópicos que se seguem

MEDIDA PROVISÓRIA NO. 703/2015 NÃO PERMITE ACORDO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Se na delação premiada a lei penal permite que o acusado ou indiciado possa colaborar para identificar coautores, partícipes ou terceiros vinculados ao objeto da apuração penal, na ação de improbidade administrativa não há espaço para a transação ou conciliação, não sendo admitida a utilização analógica do aludido instituto para fins da Lei no. 8.429/1992.

Aliás, essa era a dicção do § 1o., do artigo 17, da Lei no. 8.429/1992, *verbis*:

Art. 17 - A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1o. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

A transação é a convenção em que, mediante concessões recíprocas, as partes ajustam certas cláusulas e condições para prevenirem litígios, que possam suscitar entre elas, ou ponham fim a litígio já suscitado.

Como o direito explicitado na Lei no. 8.429/1992 é indisponível, o legislador expressamente proibiu acordo, conciliação ou transação.

Por ser indisponível, o titular da ação de improbidade não pode aplicá-la, ou transacionar redução de punibilidade, em face da colaboração ou da delação premiada, diferentemente da regra adotada no direito penal.

Sucedeu que a Medida Provisória no. 703, de 18 de dezembro de 2015, no inciso I, do seu artigo 2o., revogou o § 1o., do artigo 17, da Lei no. 8.429/1992.

Ao revogar o dispositivo contido no § 1o., do art. 17, da Lei no. 8.429/1992, a Medida Provisória no. 703/2015, por si só, não permitiu a utilização da transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Na verdade, para permitir que pudesse haver acordo ou transação nas ações a que alude a Lei no. 8.429/1992, não só teria que ser revogada a redação anterior do § 1o., art. 17, da citada norma (como foi), mas também, por dever legal, deveria a norma explicitar a permissão para tais situações jurídicas, por envolver direito público, onde há a obrigatoriedade de lei dispor sobre tal fato.

Isso porque, no direito público vige o princípio da legalidade, onde *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*²

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado, onde a ausência de lei significa para o particular “pode fazer”. Já para o Estado

² Art. 5o., II, da CF.

a ausência de lei significa “não pode fazer”, por ser direito indisponível, consoante clássica lição de Hely Lopes Meirelles.

Sem lei que determine expressamente a possibilidade de transação ou acordo em sede de ação de improbidade administrativa, não há como se admitir a mesma como base de prova, ou de indícios de prática do ato ímprobo.

Isso porque, os efeitos da revogação do § 1o., do artigo 17, da Lei no. 8.429/1992, pela MP no. 703/2015, não se prestam para permitir a utilização da transação ou acordo perante as ações de improbidade administrativa, por não ter expressamente declarado tal possibilidade jurídica.

Para que fosse admitida tal hipótese jurídica (acordo ou transação) perante os termos da Lei no. 8.429/1992, seria obrigatório que a Medida Provisória no. 703/2015, ao revogar o texto anterior (§ 1o., art. 17), fizesse constar dispositivo expresso que regulasse inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, e não simplesmente revogá-la, sem trazer qualquer alternativa ou possibilidade (norma) à celebração de acordo ou transação

A respeito do assunto, expressa é a determinação do artigo 2o., § 1o., da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*:

Art. 2o. - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor que até outra a modifique ou revogue.

§ 1o. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior.

Como visto, a MP no. 703/2015 revogou o § 1o., do artigo 17, da Lei no. 8.429/1992, sem determinar que fosse permitida a transação ou o acordo para fins de delação premiada nas ações de improbidade administrativa. A simples revogação de uma vedação, sem que haja regulação da matéria tratada na lei anterior, não permite ao intérprete uma interpretação extensiva ou elástica, ainda mais quando se trata de direito sancionador, onde não se permite o uso de analogias para o fim de suprir possíveis lacunas.

No presente caso, não há lacunas, pois ao tempo em que a MP no. 703/2015 revogou a proibição de transação ou acordo perante a lei de

improbidade administrativa, não trouxe qualquer comando ou preceito normativo que legitimasse a prática da delação premiada.

A indisponibilidade do direito vinculado na Lei no. 8.429/1992 não permite a flexibilização de transação ou acordo para fins de diminuição de penalidade criminal ou de meio de prova isolada perante a lei de improbidade administrativa.

Isso porque, em se tratando de ação com a finalidade de apuração de atos de improbidade administrativa, a prova ganha relevância fundamental, na medida em que se faz necessário identificar as condutas e o nexos de causalidade dos atos praticados e o poder de ofensividade à Lei no. 8.429/1992. Ou seja, é de se provar, através da produção de meios diretos e robustos, o dolo do agente público ou do particular nos casos elencados no artigo 9º. e 11, da Lei no. 8.429/1992, e a culpa precedida de má-fé no tipo descrito no artigo 10 da citada lei de improbidade administrativa.

Por isso a prova válida é fundamental para a caracterização do elemento subjetivo dos tipos descritos na Lei de Improbidade Administrativa.

A relevância do termo de colaboração do direito penal somente confere efeitos jurídicos para aquela esfera do direito, não podendo ser transportado para fins de juízo de admissibilidade ou de condenação da prática do ato de improbidade administrativa, em face da expressa vedação a que aduz o artigo 17, § 1º., da Lei no. 8.429/1992.

O Código de ritos autoriza a divisibilidade da confissão para evitar que o confidente use a confissão complexa como um instrumento simulado, produzido única e exclusivamente em seu próprio interesse, com o objetivo de desviar o rumo da investigação, ou prejudicar terceiros de forma irresponsável ou desatrelada de materialidade e de autoria.

Da mesma forma, à guisa de ilustração, destaque-se que outros institutos do direito penal, como por exemplo o princípio da bagatela ou da insignificância, também não são aplicados na Lei de Improbidade Administrativa, justamente por permitir a mitigação à violação ao princípio da moralidade qualificada, para fins de excludente de responsabilidade.

Justamente contra a aplicação do princípio da insignificância perante a Lei de Improbidade Administrativa, seguem os seguintes arestos: STJ, AGA no. 1.320.840, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 1T, DJ de 2.2.2011; STJ, REsp no. 892.818/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2T, DJ de 10.2.2010; TRF – 1a. Reg., Ap. Cível no. 528.386, Rel. Des. Fed. MAXIMILIANO CAVALCANTI, 3T, DJ de 30.11.2012, p. 266; TRF – 1a. Reg., Ap. Cível no. 200333000275408, Rel. Juiz Fed. Conv. SAULO CASALI BAHIA, 3T, DJ de 9.11.2007, p. 70; TRF – 1a. Reg., Rel. Juiz Fed. Conv. MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS, 4T, DJ de 16.10.2012, p. 181.

Mesmo não sendo aplicado o princípio da insignificância do direito penal, a baixa potencialidade de ofensa à Lei no. 8.429/1992 possui eficácia quando da fixação da penalidade, visto que terá que se basear na proporcionalidade/razoabilidade, isso porque a extensão (poder de ofensividade) da lesão deverá guardar correlação com a condenação na lei de improbidade administrativa.

Dessa forma, pode-se concluir, com toda certeza, que não são todos os institutos do Direito Penal que se projetam perante a Lei no. 8.429/1992, sendo que um deles é o da delação premiada ou colaboração, como já dito alhures, por total vedação e incompatibilidade do mesmo quando aplicado fora da esfera do direito criminal.

Importante destacar que, apesar de alguns juristas defenderem que a Lei no. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, permite a transação ou acordo nas ações de improbidade administrativa, não nos filiamos a esta corrente doutrinária.

Não só pelos fundamentos já declinados, mas também pela interpretação do artigo 36, § 4o., da citada Lei no. 13.140/2015, assim disposta:

Art. 36 – No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

(...)

§ 4o. - Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Ora, o *caput* do artigo 36, da Lei no. 13.140/2015 é cristalino ao dispor sobre controvérsia jurídica entre órgãos ou entidade de direito público, que litiguem entre si, não abrangendo os particulares ou agentes públicos nesse contexto legal.

Portanto, a conciliação de que trata o § 4o., do citado artigo, vincula apenas e tão somente os órgãos ou entidades de direito público, quando litigam entre si.

Não há que se confundir situações distintas, onde a Lei no. 13.140/2015 disciplina composição extrajudicial de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que litigam em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União.

Resta claro que se trata de norma de eficácia plena somente para a administração pública federal, onde a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, por ser a responsável pela defesa dos interesses públicos federais, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

Por essa razão, não há a participação do Ministério Público Federal e nem a possibilidade de inserir-se nesse contexto o agente público ou o terceiro particular, investigado na prática de ato ímprobo.

Tampouco foi aberta a possibilidade do Ministério Público dos Estados ou as decisões dos Tribunais de Contas estaduais se ingerirem no citado contexto do artigo 36, da Lei no. 13.140/2015.

DELAÇÃO PREMIADA NÃO SERVE COMO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO ATO ÍMPROBO

Como visto, o instituto da delação premiada não se aplica ao contexto da Lei no. 8.429/1992 por ser incompatível, e também por não haver a possibilidade da celebração de transação ou de acordos perante a Lei de improbidade administrativa.

Se os benefícios da obtenção da delação premiada não são extensíveis ao contexto da lei de improbidade administrativa, por óbvio que os seus efeitos também não possuem validade de meio de prova idôneo capaz de gerar indício do ato ímprobo.

O artigo 17, § 6o., da Lei no. 8.429/1992, estabelece que a ação de improbidade administrativa será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

A delação premiada não é prova de um delito, mas início da busca de provas, que irão confirmar ou rejeitar os termos do conteúdo da mesma.

Não sendo admitido o instituto da delação premiada no direito administrativo sancionador, por razões lógicas não há como admiti-lo como demonstração da ocorrência de indícios da prática de ato de improbidade administrativa para fins de admissibilidade da petição inicial.

É que no direito administrativo sancionador, vinculado diretamente aos princípios da legalidade e da tipicidade, como fundamento das garantias constitucionais, não se admite a utilização de analogia ao instituto da delação premiada, aplicado única e exclusivamente ao direito penal e sob condições específicas.

Inexistindo, na hipótese *sub oculis*, o necessário elemento normativo legitimador da aplicação da delação premiada perante a Lei no. 8.429/1992, a sua admissibilidade, como prova emprestada, inclusive, implica em grave transgressão, por parte do órgão julgador, ao princípio da reserva constitucional de lei formal em tema de punições disciplinares.³ Isso porque, a “confissão” e a “denúncia” levada a efeito

³ Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Dano ao Erário. Art. 10, incisos I, VIII e XI, da Lei no. 8.429/1992. Dispensa Indevida de Licitação. Delação Premiada. Instituto Restrito à Esfera Penal. Multa Civil. Critérios para a fixação. Proporcionalidade. As penalidades decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa independem das sanções penais, civis e administrativas previstas quando um mesmo ato puder, com fundamento legal, justificar suas aplicações, sendo, contudo, necessária a adequação das penas à gravidade do ato praticado. Em se tratando das sanções por atos de improbidade administrativa, não há como se aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada, mesmo porque, no presente feito, a

através da delação premiada, deve ser aprofundada/confirmada por outro meio idôneo de prova, visto que ela não se materializa em prova, e pode ter sido produzida pelo seu interlocutor como instrumento simulado, erigido única e exclusivamente em seu próprio interesse, em detrimento da verdade real.

Para embasar a fumaça do bom direito em relação à ocorrência dos atos de improbidade administrativa, o Ministério Público possui o dever de demonstrar, mesmo através de indícios, que os depoimentos do colaborador possuem lastro de plausibilidade indiciária perante o escopo da Lei no. 8.429/1992.

A petição inicial que é lastreada tão somente no “depoimento” do beneficiado pelo instituto da delação premiada em sede criminal não serve como demonstração de indício de autoria e de materialidade perante a Lei no. 8.429/1992, não se prestando para o fim de recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa.

A autoria de ato ilícito geralmente é verificada pela pessoa que comete determinado fato vedado pelo ordenamento jurídico. Havendo indícios de autoria, instaura-se a suspeita de prática de ato ilícito pelo investigado.

Já a materialidade do fato é a demonstração, através de provas válidas, da existência de ato ilícito.

Havendo indício⁴ de autoria e de materialidade da prática de ato ímprobo, em tese, haverá legitimidade de propositura da ação de improbidade administrativa, visto que esse é o requisito legal estabelecido na lei como pressuposto de admissibilidade de ações de improbidade administrativa.

procedência do pedido decorreu da documentação oriunda do tribunal de contas do Distrito Federal. Mesmo que o instituto da delação premiada não se destine ao caso dos autos, a contribuição do recorrente à justiça, aliado à confissão firmada em juízo, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade levam à diminuição da multa civil de duas vezes para uma vez o valor do dano causado ao erário.” (TJ/DF, Rel. Des. Carmelita Brasil, Ap. Cível no. 20050110626076, 2a. CC, julgado em 11.9.2013).

⁴ O Código de Processo Penal em seu artigo 239 estabelece como indício: *Art. 239: 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.*

A validade da “palavra” ou da confissão da pessoa que faz delação premiada, por si só, não possui o condão de afastar a presunção de inocência de outros interlocutores, indicados pelo mesmo como responsáveis pela prática de atos ilícitos, bem como não se presta para substituir a apresentação de indícios da prática do ato ímprobo.

Não resta dúvida que apesar da presunção de inocência ser relativa, podendo ser elidida por acervo probatório robusto, o depoimento levado à efeito em outros processos de natureza criminal, motivados pelo interesse na obtenção do benefício da delação premiada, não se presta para demonstrar a existência de indícios de autoria da prática de ato de improbidade administrativa. Os indícios de autoria da prática de ato ímprobo devem vir fundamentados em provas testemunhais ou documentais que levem a conclusão que existem “rastros” ou indicativos da prática do ato de improbidade, em tese.

Como o depoimento do colaborador deve vir agregado de outras provas que lhe tragam suporte de veracidade, a sua confissão ou depoimento isolado não se presta para gerar indício de autoria de infração disciplinar contra outrem, pois não se afigura como prova propriamente dita o conteúdo firmado na delação.

Não é necessária prova incontestável da prática do ato de improbidade administrativa, mas, para o ingresso da competente ação, o seu autor não poderá lastrear suas razões no “ouviu dizer” ou em notícias isoladas e sem fundamento, pois é necessário para o exercício lícito do direito de acionar que haja indícios ou justa causa capazes de embasar o ingresso no Judiciário, sem que ocorra abuso de direito, por parte do autor da demanda.

Se, de um lado, o depoimento tomado da pessoa que faz delação premiada não possui valor de prova suficiente para gerar indício de autoria, também não se coaduna com a demonstração de indícios de materialidade da prática de ato ímprobo.

As ações sancionatórias, como é o caso da improbidade administrativa, exigem requisitos legais mais completos do que as condições genéricas das demandas judiciais (legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido). Por isso, a inicial deve, logo de plano, demonstrar a presença de justa causa, consubstanciada em elementos indiciários que demonstrem, pelo menos em tese, a tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.

Essa viabilidade da acusação capaz de ensejar a justa causa liga-se à demonstração indiciária de autoria e de materialidade.

Sem indícios revelados pela prova pré-constituída é retirado o interesse de agir do autor da ação de improbidade administrativa, por falta de justa causa.

Sobre o tema deixamos averbado anteriormente: ⁵

A atual Constituição Federal estabelece limites à atuação do Estado, conferindo ao cidadão direitos e garantias fundamentais contra abusos ou excessos de poder. Qualquer agente público só poderá ser molestado em sua honra e intimidade se houver um justo motivo, revelado por uma possibilidade jurídica, extraída de indícios de cometimentos, em tese, de ilícitos reprimidos pelo ordenamento legal utilizado como suporte legal.

A ação de improbidade administrativa envolve um conflito de interesses indisponíveis, em que de um lado o interesse primitivo do Estado, lastreado no combate a uma ilicitude cometida pelo agente público, de outro, os interesses de dignidade e do bom nome por parte do acusado.

Por isso mesmo, em razão do perigo de sanções tão severas, exige-se a justa causa para toda e qualquer ação de improbidade administrativa, consubstanciada em documentos ou justificações que contenham indícios suficientes do ato ímprobo.

Por conseguinte, para que seja legitimado o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, é necessário que os possíveis atos infracionais atribuídos ao agente público, estejam configurados, por seguros elementos que apontam para a existência de indícios de improbidade: esses elementos são a tipicidade, a lesividade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Dessa forma, quando a jurisdição atua na esfera do direito sancionador, a atenção dos julgadores há de concentrar-se em todos esses detalhes, que podem ser agrupados, apenas para efeito de sua melhor apreensão, sob a denominação de justa causa.

⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 564/565.

CONCLUSÃO

O ingresso da ação de improbidade administrativa não pode ser lastreado no “ouviu dizer” ou embasado em depoimento ou confissão, objeto de delação premiada, como já dito alhures.

Necessita a petição inicial de regularidade formal, onde o ilícito imputado aos acusados deve vir precedido de viabilidade jurídica, a fim de se evitar o manejo de natimortas ações de improbidade administrativas.

O rigor é total, pois sendo a Lei no. 8.429/1992 uma norma vaga e aberta, o legislador exigiu que fossem, desde o início, demonstrados os indícios da prática do ato ímprobo, como condição mínima de seu manejo.

Isso significa dizer, que a autoria e a materialidade devem estar invencivelmente demonstrados nas provas que carregam a referida ação de improbidade administrativa, para que ela seja a subsistente ou temerária.

Deve ser indeferida, via de consequência, a petição inicial que não demonstre, com precisão, a prática do ato de improbidade, porquanto a demonstração do elemento subjetivo que conecte a conduta do agente ao fim ímprobo, não é aquela demonstrada revelada em uma delação premiada, que somente se baseia na “palavra” livre do acusado ou suspeito que faz a aludida transação penal e sim, em outros idôneos meios de prova que atestem a existência de que há autoria e materialidade na prática do ato de improbidade administrativa.

Consoante o disposto no artigo 17, § 8o., da Lei no. 8.429/1992, a rejeição da ação de improbidade administrativa está vinculada ao convencimento motivado do juízo quanto à inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou à inadequação da via processual eleita.

Por isso o contexto fático-probatório deve ser suficientemente explicitado na petição inicial, capaz de comprovar a prática de ato de improbidade, tendo em vista, que a delação premiada, como objeto de transação entre o Estado acusado, não serve isoladamente como elemento de base de prova capaz de induzir a admissibilidade da ação de improbidade da ação de improbidade administrativa.

Há que se ter a efetiva caracterização dos elementos subjetivos e objetivos indispensáveis à tipificação e à punibilidade de atos

de improbidade, revelados por outros confiáveis tipos de provas (documentos, perícias, provas testemunhais, etc.)

Portanto, deve ser inadmitida a ação de improbidade administrativa que se revele carente do seu dever de demonstrar, logo em sua petição inicial, da existência de provas que conduzam a plausibilidade do direito invocado.

Como é recente, e ainda pouco explicitado o presente tema sob o prisma da improbidade administrativa, resolvemos estudar o impacto da delação premiada sob o âmbito de uma possível admissibilidade da petição inicial, para que não haja graves e injustas ações, manejadas sem um mínimo de plausibilidade jurídica e movidas por insubsistentes meios de acusação.

A delação premiada surte o efeito desejado no âmbito criminal, sendo importante para desarticular quadrilhas e revelar detalhes de possíveis crimes ou esquemas inescrupulosos.

Não somos contra o referido instituto para os fins que a lei o destinar. Pelo contrário, através da delação premiada muitas verdades virão à tona, e “esquemas” de corrupção poderão ser coibidos ou punidos, após a devida investigação e comprovação das imputações.

Contudo, o que é aplicado no direito penal apesar de quase sempre balizar o direito sancionador, quando transposto para a improbidade administrativa, deve se compatibilizar com a presente esfera, para que não seja aplicado por analogia, trazendo graves conseqüências injustificadas para a parte acusada ilegítima ou irresponsavelmente.

Por isso todo o cuidado e zelo ao direito é pouco, quando se trata de direito sancionador e a sua efetiva aplicação nos diversos ramos do direito.

Deve o Ministério Público aprofundar-se no objeto da delação e produzir provas indiciárias robustas, que de plano demonstrem que a ação de improbidade administrativa possui viabilidade perante a Lei no. 8.429/1992.

E matéria de prova, e na dúvida acerca da oportunidade da sua produção, deve-se, num juízo de razoabilidade, optar pelo deferimento, dentro dos padrões da ampla defesa, especialmente no caso, onde se investiga a prática do ato de improbidade administrativa, permitir que

haja uma investigação mais técnica e robusta, não necessariamente exauriente, com a finalidade de embasar a futura petição inicial do Ministério Público.

Não resta dúvida que a delação premiada serve como ponto de partida de uma investigação cível, através do inquérito civil, mas jamais possui o requisito legal elencado pela Lei no. 8.429/1992, para dar início à ação de improbidade administrativa.

Em sendo assim, a petição inicial que somente traga a delação premiada como meio de prova, não cumpre o requisito formal a que impõe o artigo 17, § 6o., da Lei no. 8.429/1992, salientando-se que não se aplica ao caso o princípio da analogia.

Rio de Janeiro, 21 de março de 2016.

BIBLIOGRAFIA

MATTOS. Mauro Roberto Gomes de. “Delação Premiada não serve para fins de admissibilidade de ação de improbidade administrativa” *in* GOVERNET – Boletim de Administração Pública e Gestão Municipal – no. 41 – Fevereiro/2015.

Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 564/565.

A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: QUESTÕES ATUAIS

*Rafael Carvalho Rezende Oliveira**

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A regra da prescrição nas ações de improbidade administrativa (art. 23 da LIA); 3. Mandato, cargo em comissão e função de confiança (art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992); 4. Servidores temporários (art. 37, IX, da CRFB); 5. Servidores estatutários e empregados públicos (art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992); 6. Improbidade e conduta tipificada como crime; 7. Prescrição e terceiros; 8. Imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário: controvérsias; 9. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar algumas questões atuais e polêmicas em torno da prescrição da pretensão de aplicação das sanções de improbidade administrativa.

O combate à corrupção e a busca da efetividade da probidade administrativa são objetivos essenciais e perenes do Estado Democrático de Direito.

A crise política e econômica que abala o Brasil nesse momento tem gerado reações da sociedade civil e das instituições públicas. É verdade que as inúmeras denúncias de corrupção demonstram, de um lado, que a nossa democracia precisa avançar, inclusive com profundas reformas políticas, institucionais e culturais. De outro lado, verifica-se a importância da atuação dos órgãos de controle no combate à corrupção.

(*) *Visiting Scholar* na *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Pós-graduado em Direito do Estado pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público da União. Professor do IBMEC/RJ, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), do curso FORUM/RJ e dos cursos de Pós-Graduação da FGV/RJ e UCAM/RJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Autor de livros e artigos jurídicos. Advogado, árbitro e consultor jurídico. www.professorrafaeloliveira.com.br

Há relativo consenso, na atualidade, quanto à necessidade de combate à corrupção como forma de efetivação do republicanismo e do Estado Democrático de Direito.

A corrupção é inimiga da República, uma vez que significa o uso privado da coisa pública, quando a característica básica do republicanismo é a busca pelo “bem comum”, com a distinção entre os espaços público e privado.

Na tradição histórica brasileira, a visão patrimonialista do Estado, que não operava a distinção entre o público e o privado, foi uma característica marcante do período colonial brasileiro, com a mistura do tesouro do Estado e do rei. O caráter patrimonialista do Estado relaciona-se, em grande medida, com a “dominação tradicional” mencionada por Max Weber, fundada na santidade das tradições vigentes.

Os “funcionários patrimoniais” tratam a gestão pública como assunto particular e são escolhidos por meio de critérios subjetivos, laços de amizade, não importando as suas capacidades ou mérito.

A corrupção, historicamente diagnosticada no Brasil, pode ser explicada pela caracterização do brasileiro como “homem cordial”, expressão citada por Sérgio Buarque de Holanda em sua obra clássica *Raízes do Brasil*. A “cordialidade”, no caso, não é utilizada como sinônimo de “boas maneiras” ou civilidade, mas, sim, para se referir à tendência do povo brasileiro em afastar o formalismo e o convencionalismo social em suas relações.

Verifica-se, portanto, que a corrupção no Brasil possui raízes históricas e tem se espalhado como um vírus, cuja vacina depende de uma série de transformações culturais e comportamentais da própria sociedade e, é claro, por reformas políticas e de gestão, tais como alterações legislativas, reforço da independência dos órgãos internos e externos de controle, mudança de cultura na administração da “coisa pública”, efetividade das medidas preventivas e repressivas de combate à corrupção, melhoria no sistema de prestação de contas, reforço do controle social e da transparência etc.

No campo legislativo, não faltam leis que possuem o objetivo, direto ou indireto, de prevenir e reprimir atos de corrupção, destacando-se,

para os fins do presente ensaio, a Lei no. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

O sucesso da legislação, no entanto, não depende exclusivamente do seu conteúdo, mas, especialmente, do seu modo de interpretação e aplicação. Não é diferente com a Lei de Improbidade Administrativa.

A efetividade das sanções capituladas no art. 12 da LIA depende, em grande medida, da atuação célere dos legitimados para propositura da ação de improbidade administrativa (Ministério Público e a pessoa interessada, na forma do art. 17 da Lei). Por mais grave que seja o ato de improbidade administrativa, a atuação repressiva do Estado, por razões de segurança jurídica, deve ser implementada dentro dos prazos prescricionais previstos na legislação.

Não obstante a importância do estudo da prescrição nas ações de improbidade, o tema, com algumas exceções, não tem sido objeto de estudo mais aprofundado da doutrina.

Conforme será demonstrado ao longo deste ensaio, a LIA estabeleceu regra confusa sobre a prescrição, apresentando lacunas e imprecisões que geram, justamente, o efeito contrário aquele pretendido pelo legislador: a insegurança jurídica.

Nos próximos itens, destacaremos algumas questões atuais que ensejam controvérsias doutrinária e jurisprudencial, justificadas, em grande parte, pela redação lacunosa e confusa do art. 23 da LIA.

2. A REGRA DA PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 23 DA LIA)

A prescrição é o instituto que representa a perda da possibilidade de formulação de pretensões, em razão da inércia do interessado. Os prazos prescricionais para propositura da ação de improbidade administrativa encontram-se previstos no art. 23 da Lei no. 8.429/1992, alterado pela Lei no. 13.019/2014, que dispõe:

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;

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1o. desta Lei.

Verifica-se que a referida norma estabelece nos incisos I e II prazos distintos em razão da qualidade do responsável pela prática do ato de improbidade.

De um lado, o inciso I do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa fixa o prazo de cinco anos de prescrição para aplicação das sanções de improbidade em face de agentes públicos que possuem vínculos temporários e/ou precários com o Poder Público, a saber: agentes que exercem mandato, os ocupantes de cargos comissionados e os nomeados para funções de confiança.

De outro lado, em relação aos agentes ocupantes de cargos efetivos ou empregos na Administração Pública ou nas pessoas indicadas no art. 1o. da Lei de Improbidade Administrativa, o inciso II do art. 23 da Lei dispõe que o prazo de prescrição para aplicação das sanções será o mesmo prazo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Na terceira hipótese (inciso III), inserida pela Lei no. 13.019/2014, o prazo prescricional quinquenal tem relação com os atos de improbidade imputados às entidades mencionadas no parágrafo único do art. 1o. da LIA e a sua contagem terá início a partir da data da apresentação da prestação de contas final à Administração Pública.

Cumprido lembrar que os atos de improbidade administrativa encontram-se tipificados nos arts. 9o. (enriquecimento ilícito), 10 (dano ao erário) e 11 (violação aos princípios da Administração) da Lei no. 8.429/1992. As respectivas sanções, por sua vez, são tipificadas no art. 12 da referida Lei.

3. MANDATO, CARGO EM COMISSÃO E FUNÇÃO DE CONFIANÇA (ART. 23, I, DA LEI NO. 8.429/1992)

Conforme assinalado anteriormente, o art. 23, I, da Lei no. 8.429/1992 estabelece o prazo de cinco anos para aplicação das sanções

de improbidade aos agentes que exercem mandato, ocupam cargos comissionados ou nomeados para funções de confiança.

As três situações funcionais mencionadas no art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa possuem traços comuns, a saber: a) inexistência de concurso público: enquanto os agentes que exercem mandato são, normalmente, eleitos para o exercício da função política, os cargos comissionados e as funções de confiança são de livre nomeação e exoneração, na forma do art. 37, II e V, da CRFB; b) temporariedade e instabilidade dos vínculos: os agentes políticos, por um lado, exercem suas funções por determinado período de tempo fixado na CRFB (mandatos) e, por outro lado, os comissionados e agentes de confiança possuem vínculos precários com o Poder Público e podem ser exonerados a qualquer momento.

Na hipótese em que o agente público ocupa, concomitantemente, cargo efetivo e cargo em comissão, deve ser aplicada a regra do art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992, tendo em vista a prevalência do vínculo definitivo com a Administração, que não cessa com a exoneração do cargo comissionado.¹

Quanto ao início da contagem do prazo de cinco anos, o art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa prevê que o prazo de prescrição inicia-se com *o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança*.

Questão interessante envolve o agente político que comete ato de improbidade durante seu mandato, mas é reeleito para a mesma função política.

O art. 14, § 5o., da CRFB, com a redação dada pela EC no. 16/1997, dispõe que *o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente*.

A reeleição somente é possível por uma única vez e garante a continuidade da função política, que não sofre interrupção. Por esta

¹ STJ, REsp no. 1.060.529/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 18.9.2009 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 406).

razão, na hipótese de reeleição, o prazo de prescrição somente se inicia com o término do último mandato. Nesse sentido, decidiu o STJ:²

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Art. 142 da Lei no. 8.112/91. Falta de prequestionamento. Art. 23 da Lei no. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA). Prazo prescricional. Ex-prefeito. Reeleição. Termo a quo. Término do segundo mandato. Moralidade administrativa: parâmetro de conduta do administrador e requisito de validade do ato administrativo. Hermenêutica. Método teleológico. Proteção dessa moralidade administrativa. Método histórico. Aprovação da LIA antes da Emenda Constitucional no. 16/97, que possibilitou o segundo mandato. Art. 23, I, da LIA. Início da contagem do prazo prescricional associado ao término de vínculo temporário. A reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa, estabilização da estrutura estatal e previsão de programas de execução duradoura. responsabilidade do administrador perante o titular da res publica por todos os atos praticados durante os oito anos de administração, independente da data de sua realização. Ressarcimento ao erário. imprescritibilidade. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (art. 557, § 1o.-A, CPC).

(...)

4. Método histórico de interpretação. A LIA, promulgada antes da Emenda Constitucional no. 16, de 4 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5o. do art. 14, da Constituição Federal, considerou como termo inicial da prescrição exatamente o final de mandato. No entanto, a EC no. 16/97 possibilitou a reeleição dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas, com o expresse objetivo de constituir corpos administrativos estáveis e cumprir metas governamentais de médio prazo, para o amadurecimento do processo democrático.

5. A Lei de Improbidade associa, no art. 23, I, o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário, entre os

² STJ, REsp no. 1.107.833/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 18.9.2009 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 406); REsp no. 1.414.757/RN, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 16.10.2015 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 571); REsp no. 1.153.079/BA, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe 29.4.2010. Na doutrina, confira-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

quais, o exercício de mandato eletivo. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda no. 16/97, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1.º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato.

(...)

*9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
(Grifo nosso)*

Ressalte-se que a eleição para outro cargo político, ainda que inserido no mesmo ente federado, não se confunde com reeleição e o início da contagem do prazo prescricional quinquenal ocorre com o término do mandato no qual o ato de improbidade foi praticado.

A legislação, em determinados casos, exige o afastamento do cargo eletivo como condição para que o agente concorra a outro mandato eletivo. A denominada “desincompatibilização” é o afastamento, definitivo ou temporário, do agente de seu respectivo cargo ou função, para concorrer a determinado cargo político.

O afastamento definitivo rompe o vínculo do agente político, razão pela qual é considerado termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade. O afastamento temporário, ao contrário, não rompe o vínculo funcional, razão pela qual não há que se falar em início da contagem do prazo prescricional. Os afastamentos, definitivo e temporário, encontram-se previstos na LC no. 64/1990.

Vale ressaltar que o afastamento definitivo é normalmente exigido nas hipóteses em que o agente pretende concorrer a cargo político diverso do atualmente ocupado, sendo inexigível a desincompatibilização definitiva nas hipóteses de reeleição.

Nesse sentido, o art. 14, § 6o., da CRFB dispõe que, *para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.* Ao contrário, na hipótese de reeleição (art.

14, § 5o., da CRFB), a Resolução TSE no. 19.952/1997 concluiu pela desnecessidade de *desincompatibilização dos titulares dos Poderes Executivos federal, estadual, distrital ou municipal, para disputarem a reeleição, solução que se estende aos Vice-Presidente da República, Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e Vice-Prefeito.*

Com isso, no afastamento definitivo, o mandato inicial vai ser encerrado no prazo indicado como condição para a candidatura ao outro cargo, não havendo, portanto, relação de continuidade na função política.

4. SERVIDORES TEMPORÁRIOS (ART. 37, IX, DA CRFB)

Os servidores temporários são aqueles contratados, independentemente de concurso público e por prazo determinado, para atendimento da necessidade temporária de excepcional interesse público, na forma do art. 37, IX, da CRFB.³

O art. 23 da Lei no. 8.429/1992, no entanto, silenciou a respeito do prazo prescricional para os servidores temporários.

Conforme já mencionado, o art. 23 da Lei de Improbidade diferencia duas hipóteses: a) no inciso I, a norma trata da prescrição em relação aos agentes públicos que não possuem vínculo funcional duradouro com a Administração e que não se submetem ao concurso público (agentes que exercem mandato, ocupantes de cargos em comissão e agentes de confiança); b) no inciso II, o dispositivo menciona os servidores estatutários e os empregados públicos, que estabelecem vínculos duradouros com a Administração após aprovação prévia em concurso público.

Entendemos que o prazo prescricional, na hipótese, deve ser aquele previsto no art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa (cinco anos).

Da mesma forma que os agentes que exercem mandato ou função de confiança e os comissionados, indicados na referida norma legal, os servidores temporários possuem vínculos não duradouros com a

³ Sobre o regime especial dos servidores temporários, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Método, 2016, p. 658-660.

Administração, justificando-se, portanto, a aplicação do mesmo prazo prescricional a todas essas categorias de agentes públicos.⁴

5. SERVIDORES ESTATUTÁRIOS E EMPREGADOS PÚBLICOS (ART. 23, II, DA LEI NO. 8.429/1992)

De acordo com o art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992, o prazo de prescrição das ações de improbidade administrativa propostas em face dos servidores estatutários e dos empregados públicos é aquele previsto em lei específica para aplicação da sanção disciplinar de demissão a bem do serviço público.

Verifica-se, portanto, que a Lei de Improbidade Administrativa não definiu expressamente o prazo prescricional para as ações propostas em face dos estatutários e dos empregados públicos, limitando-se a fazer remissão aos prazos de prescrição para aplicação da sanção disciplinar máxima (demissão) prevista nos respectivos estatutos disciplinares.

Com isso, deve o intérprete investigar o estatuto funcional do servidor acusado de improbidade administrativa para concluir pelo prazo prescricional a ser observado.

Trata-se, a nosso ver, de técnica legislativa inadequada e que acarreta dificuldades concretas.

É inadequada a opção legislativa, pois iguala os prazos prescricionais de sanções distintas: enquanto a sanção de improbidade possui, em regra, natureza civil, a sanção de “demissão a bem do serviço público” tem natureza disciplinar. As sanções de improbidade são mais severas e amplas, admitindo-se, inclusive, a demissão do cargo ou do emprego público.

Ademais, no tocante aos servidores estatutários, é importante lembrar que os entes federados possuem autonomia para legislar sobre matéria funcional e cada Estatuto (federal, estaduais, distrital e municipais) poderá estabelecer regras diferenciadas sobre seus servidores e, portanto, prazos diferenciados de prescrição para aplicação da sanção de demissão.

⁴ Em sentido semelhante: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 381-382; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 624.

Em consequência, abre-se a possibilidade de prazos diferenciados de prescrição para as sanções de improbidade aplicadas aos servidores estatutários federais, estaduais, distritais e municipais, o que nos afigura uma afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O ideal, em nossa visão, seria a fixação de prazo único para todos aqueles que praticam atos de improbidade, conforme sugestão já apresentada em tópico anterior.⁵

De qualquer forma, a partir da previsão contida no art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992, os prazos prescricionais das ações de improbidade propostas em face dos servidores estatutários e dos empregados públicos são aqueles previstos em leis específicas para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

No caso, por exemplo, do servidor estatutário federal, o art. 142, I, da Lei no. 8.112/1990 estabelece o prazo de cinco anos para aplicação da sanção de demissão.⁶

O prazo de prescrição quinquenal aplicável aos estatutários federais começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido, havendo interrupção do referido prazo na hipótese de abertura de sindicância ou de processo disciplinar até a decisão final proferida por autoridade competente (art. 142, §§ 1o. e 3o., da Lei no. 8.112/1990). A interrupção do prazo prescricional não pode ultrapassar o período de 140 dias, momento a partir do qual o prazo tem fluência, conforme já decidiu o STJ:

Agravo regimental em liminar em mandado de segurança. Fumus boni iuris. Presença. Processo administrativo disciplinar. Artigo 142 da Lei no. 8.112/90. Prescrição da pretensão punitiva do Estado.

1. O prazo prescricional, interrompido com a instauração do processo administrativo disciplinar, recomeça a correr após cento e quarenta dias da data em que deveria ter sido concluído o processo disciplinar, somando, para tanto, os prazos para a conclusão do

⁵ Sobre o tema, vide: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3. ed., São Paulo: Método, 2015, p. 101.

⁶ O art. 142, I, da Lei no. 8.112/1990 dispõe: *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.*

processo administrativo disciplinar e para a aplicação da penalidade, insertos nos artigos 152 e 167 da Lei no. 8.112/90.

2. Presente o quantum de plausibilidade jurídica do pedido, necessário ao acolhimento do pleito cautelar, é de se manter a decisão que o deferiu.

3. Agravo regimental improvido. (Grifo nosso)⁷

Em relação aos empregados públicos, no entanto, não há lei específica que estabeleça prazo de prescrição para aplicação da sanção de demissão.

Cabe registrar a inaplicabilidade dos prazos prescricionais previstos no art. 11 da CLT e art. 7o., XXIX, da CF à hipótese em tela, pois referem-se à prescrição da pretensão do empregado em face do empregador, não possuindo relação com a aplicação de sanções por parte da Administração.

Na doutrina, enquanto alguns sustentam a aplicação do mesmo prazo prescricional quinquenal, previsto na Lei no. 8.112/1990, aos empregados públicos,⁸ outros defendem a aplicação analógica do prazo prescricional previsto para os servidores estatutários da respectiva pessoa federativa aos empregados públicos.⁹

Entendemos que as hipóteses de lacuna no Direito Administrativo devem ser superadas a partir da aplicação analógica de normas que tratam das relações jurídico-administrativas que estabelecem, normalmente, o prazo prescricional de cinco anos (exemplos: arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei no. 4.717/1965; Decreto no. 29.910/1932, art. 54 da Lei no. 9.784/1999, entre outros).¹⁰

⁷ STJ, AgRg no MS no. 11.170/DE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Terceira Seção, DJe 4.8.2008; STJ, MS no. 10.078/DE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, DJ 26.9.2005, p. 171 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 257).

⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 384.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183.

¹⁰ Sobre a analogia no Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed., São Paulo: Método, 2013, p. 64-68.

Portanto, independentemente da esfera federativa, os empregados públicos em geral devem ser submetidos ao prazo prescricional quinquenal para as ações de improbidade administrativa.

6. IMPROBIDADE E CONDUTA TIPIFICADA COMO CRIME

De acordo com o art. 23, II, da Lei no. 8.429/1992, o prazo de prescrição das ações de improbidade administrativa propostas em face dos servidores estatutários e dos empregados públicos é aquele previsto em lei específica para aplicação da sanção disciplinar de demissão a bem do serviço público.

Ocorre que, em determinados casos, o prazo de prescrição para aplicação de sanção disciplinar é o mesmo prazo para aplicação da sanção penal quando o fato configurar, ao mesmo tempo, ilícito administrativo e penal.

Nesse sentido, em relação aos estatutários federais, o art. 142, § 2o., da Lei no. 8.112/1990 dispõe que *os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime*.¹¹

Desta forma, o ato de improbidade administrativa praticado por estatutário federal que for tipificado como crime sujeita-se ao prazo prescricional previsto na legislação penal. Nesse caso, o intérprete deve analisar o prazo prescricional previsto para a infração penal e aplicá-lo também à ação de improbidade administrativa.

Existem dois pontos polêmicos na interpretação e na aplicação do art. 142, § 2o., da Lei no. 8.112/1990.

O primeiro ponto polêmico reside na aplicação ou não do prazo prescricional da legislação penal à ação de improbidade no caso em que a infração penal sequer chegou a ser investigada pela autoridade competente.

A Primeira Seção do STJ já decidiu que os prazos prescricionais previstos na legislação penal somente serão aplicados às ações de improbidade na hipótese de efetiva averiguação do ilícito penal pelas

¹¹ Outros diplomas legais possuem previsão semelhante, tal como ocorre no art. 244, parágrafo único, da LC no. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que estabelece: *Art. 244. (...) Parágrafo único. A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este.*

autoridades competentes, pois, caso contrário, o aplicador do Direito deve observar o prazo de prescrição especificamente previsto no Estatuto funcional, conforme ementa abaixo colacionada:

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Prazo prescricional. Inexistência de apuração criminal. Aplicação do prazo administrativo. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Precedentes.

1. *A regra geral do prazo prescricional para a punição administrativa de demissão é de cinco anos, nos termos do art. 142, I, da Lei no. 8.112/90, entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar.*

2. *Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal.*

3. *Precedentes: RMS no. 19.087/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 19.6.2008, DJe 4.8.2008; MS no. 12.884/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, julgado em 9.4.2008, DJe 22.4.2008; RMS no. 18.688/RJ, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 9.2.2005.*

4. *No presente caso não há notícia de apuração criminal, razão pela qual deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 142, I, da Lei no. 8.112/90.*

5. *É incontroverso nos autos que os fatos desabonadores foram conhecidos pela Administração em 7.4.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 7.3.2008, com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), caracterizando a prescrição quinquenal para a punição dos servidores públicos. Segurança concedida. (Grifo nosso)¹²*

Em sentido contrário, o STF entende que os prazos prescricionais previstos na legislação penal serão aplicados ao PAD independentemente da propositura da ação penal.¹³

¹² STJ, MS no. 15.462/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, DJe 22.3.2011 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 466). No mesmo sentido: STJ, MS no. 12.666/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, DJe 10.3.2011 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 464).

¹³ STF, RMS no. 31.506 AgR/DF, Rel. Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe-059 26.3.2015; Enunciado no. 5 da CGU: *Para aplicação de prazo prescricional, nos moldes do § 2o. do art. 142 da lei no. 8.112/90, não é necessário o início da persecução penal.*

O segundo ponto polêmico refere-se ao prazo prescricional da legislação penal que deve ser levado em consideração para a propositura da ação de improbidade. Isto porque os prazos de prescrição das sanções penais variam de acordo com a pena. Nesse caso, indaga-se: deve ser aplicado o prazo de prescrição previsto abstratamente para o crime ou aquele que leve em consideração a pena concretamente aplicada?

De acordo com a Terceira Seção do STJ, na hipótese de sentença penal condenatória, o prazo da prescrição, na esfera administrativa, computa-se pela pena *in concreto* penalmente aplicada, nos termos dos arts. 109 e 110 do CP. Transcreva-se a ementa:

Procedimento disciplinar. Ilícito penal e administrativo. Prescrição regulada pela lei penal. Sentença condenatória. Aplicação do prazo prescricional pela pena em concreto. Ocorrência da prescrição administrativa.

1. Havendo sentença penal condenatória, o prazo da prescrição, também na esfera administrativa, computa-se pela pena em concreto penalmente aplicada.

2. Na espécie, sendo de três anos a pena aplicada no âmbito penal, o prazo prescricional é de oito anos. Como a administração demorou mais de nove anos para punir a impetrante, ocorreu a prescrição administrativa.

3. Segurança concedida. (Grifo nosso)¹⁴

Aqui, mais uma vez, andou mal o legislador, tendo em vista a natureza extrapenal das sanções de improbidade administrativa e a maior gravidade das sanções previstas na legislação penal, o que justifica, inclusive, a previsão de prazos prescricionais maiores que aqueles estabelecidos na legislação civil.

É verdade que a independência das instâncias não é absoluta, havendo situações de interdependência entre as esferas cível, administrativa e penal. No entanto, não se afigura razoável, em nossa opinião, o estabelecimento de prazos idênticos de prescrição para infrações de gravidades diversas.

¹⁴ STJ, MS no. 12.414/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, Terceira Seção, *DJe* 24.5.2010 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 417). Vide, ainda: MS no. 14.040/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, *DJe* 23.08.2011 (Informativo de Jurisprudência do STJ 474). Em sentido contrário, sustentando a aplicação do prazo prescricional penal para pena em abstrato, vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 164.

7. PRESCRIÇÃO E TERCEIROS

O art. 23 da Lei no. 8.429/1992 estabelece os prazos de prescrição para aplicação das sanções de improbidade aos agentes públicos, mas não menciona os particulares (terceiros) que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

A omissão legislativa em relação à fixação de prazos prescricionais para as pretensões formuladas em face de terceiros não significa dizer, por certo, que exista imprescritibilidade no caso.

Ao revés, a regra é a prescritibilidade, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, e as exceções estão expressa e taxativamente colocadas no texto constitucional.

Entendemos ser inaplicável, no caso, a regra geral do art. 205 do Código Civil, que prevê o prazo de prescrição de dez anos. Isto porque haveria tratamento mais severo ao terceiro que aquele dispensado ao agente público. Não seria razoável admitir a aplicação de sanções de improbidade ao particular em período de tempo maior, quando, na verdade, o agente público é indispensável para a configuração do ato de improbidade e possui deveres diferenciados no tocante à gestão da coisa pública.

Ademais, a analogia, nas hipóteses de omissões legislativas, deve ser buscada, primordialmente, na legislação administrativa que trata das relações jurídico-administrativas e não na legislação civil que tem por destinatários principais – mas não exclusivos – os particulares.

Tem prevalecido o entendimento de que o prazo prescricional em relação ao terceiro deve ser o mesmo prazo previsto para o respectivo agente público que praticou, em conjunto, o ato de improbidade.¹⁵ O terceiro jamais responderá pelo ato de improbidade de forma isolada,

¹⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 630; NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 282; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 338.

sendo imperativo que para a ocorrência do ilícito haja a presença de um agente público, o que demonstra a necessidade de aplicação de prazo idêntico de prescrição. A qualidade de agente público, destarte, condiciona a tipificação da improbidade e deve nortear o prazo prescricional em relação ao terceiro. No mesmo sentido, posiciona-se o STJ:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública de improbidade administrativa. Requerimento de notificação realizado fora do prazo prescricional. Prescrição. Afastamento. Dies a quo do prazo prescricional. Art. 23, inciso I, da Lei no. 8.429/92. Extensão. Particular.

(...)

IV – O dies a quo do prazo prescricional, aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no art. 23, inciso I, da Lei no. 8.429/92, é extensivo aos particulares que se valeram do ato ímprobo, porquanto não haveria como ocorrer tal ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários de seus atos.

V – Recursos especiais providos, para afastar a pecha da prescrição e determinar o prosseguimento do feito com as ulteriores providências legais.¹⁶

Não obstante a intenção de dispensar tratamento uniforme aos agentes públicos e aos terceiros, a interpretação em comento não parece responder à hipótese, por exemplo, em que a prática da improbidade é atribuída, conjuntamente, ao terceiro e a agentes diversos (comissionados, estatutários etc.), integrantes de entes federados diferentes (servidores federais, estaduais, distritais e municipais), quando os prazos prescricionais seriam distintos. Qual agente público seria utilizado como paradigma para definição da prescrição em relação ao terceiro?

Entendemos que o ideal seria considerar o prazo prescricional para ação de improbidade em face do terceiro deve ser de cinco anos. Conforme já afirmado anteriormente, as lacunas na legislação administrativa devem ser supridas, preferencialmente, pela aplicação analógica de normas

¹⁶ STJ, REsp no. 704.323/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ 6.3.2006, p. 197.

administrativas e não pelo Código Civil. Nesse contexto, a legislação administrativa, normalmente, consagra o prazo prescricional de cinco anos (exemplos: arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei no. 4.717/1965; Decreto no. 29.910/1932; art. 54 da Lei no. 9.784/1999, entre outros), aplicável, portanto, às ações de improbidade administrativa propostas em face do terceiro. O prazo prescricional quinquenal para os terceiros evitaria eventuais discussões em relação às hipóteses de improbidade praticada por agentes diversos, com prazos prescricionais distintos.¹⁷

8. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: CONTROVÉRSIAS

Questão polêmica é saber se a pretensão de ressarcimento ao erário submete-se à prescrição. O debate envolve a interpretação do art. 37, § 5o., parte final, da CRFB, que dispõe:

Art. 37. (...)

§ 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. (Grifo nosso).

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário nas ações de improbidade tem sido sustentada pela maioria da doutrina.¹⁸ Isto porque a referida norma constitucional remete ao legislador a prerrogativa para estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, com a ressalva expressa das ações de ressarcimento.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3. ed., São Paulo: Método, 2015, p. 107.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 829-830; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 620; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 247; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 385; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 337; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 392; NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 285; BERTONCINI, Mateus. *Atos de improbidade administrativa: 15 anos da Lei no. 8.429/1992*. São Paulo: RT, 2007. p. 242; SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 198.

A regra é a prescrição, definida pelo legislador infraconstitucional, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, que tem por objetivo a estabilidade das relações sociais. A exceção é a imprescritibilidade admitida apenas nas hipóteses expressamente previstas na Constituição.

Desta forma, a intenção do legislador constituinte foi consagrar uma exceção à regra geral ao prever a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário.

O STJ consagrou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme demonstra a ementa abaixo transcrita:

Processual Civil. Ação civil pública. Ato de improbidade. Ação prescrita quanto aos pedidos condenatórios (art. 23, II, da Lei no. 8.429/92). Prosseguimento da demanda quanto ao pleito ressarcitório. Imprescritibilidade.

1. O ressarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade.

(...).

3. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei no. 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5o., da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp no. 1.038.103/SP, Segunda Turma, DJ de 4.5.2009; REsp no. 1.067.561/AM, Segunda Turma, DJ de 27.2.2009; REsp no. 801.846/AM, Primeira Turma, DJ de 12.2.2009; REsp no. 902.166/SP, Segunda Turma, DJ de 4.5.2009; e REsp no. 1.107.833/SP, Segunda Turma, DJ de 18.9.2009.

4. Consectariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e ressarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, in casu, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei no. 8.429/92), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido ressarcitório em razão de sua imprescritibilidade.

5. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de

*improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário, posto imprescritível. (Grifo nosso)*¹⁹

Da mesma forma, a Súmula no. 282 do TCU dispõe: *As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.*

Ressalte-se, contudo, a existência de tese doutrinária contrária à imprescritibilidade, que sustenta a aplicação do prazo prescricional de dez anos às ações de ressarcimento ao Erário, na forma do art. 205 do CC.²⁰ O argumento principal utilizado por aqueles que defendem a prescrição das ações de ressarcimento ao Erário é o fato de que a imprescritibilidade é uma exceção ao princípio da segurança jurídica que só pode ser admitida nos casos expressa e taxativamente colocados no texto constitucional (exemplos: art. 5o., XLII – *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*; art. 5o., XLIV – *constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*), o que não ocorre no art. 37, § 5o., da CRFB.

Cabe destacar, ainda, a tese defendida por Ada Pellegrini Grinover, no sentido de ser decadencial o prazo para aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/1992, ressalvadas as sanções de multa civil e de ressarcimento ao erário, que estão sujeitas ao prazo prescricional do art. 23 da referida Lei. Em última análise, quanto ao debate em torno da interpretação do art. 37, § 5o., da CRFB, a referida autora sustenta a aplicação da prescrição às ações de ressarcimento.²¹

¹⁹ STJ, REsp no. 1.089.492/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, *DJe* 18.11.2010 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 454). Vide também: REsp no. 1.069.723/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, *DJe* 2.4.2009 (Informativo de Jurisprudência do STJ no. 384).

²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 236-238; TOURINHO, Rita. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, no. 12, out.-dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. *Interesse Público*, Porto Alegre, no. 33, p. 88, set.-out. 2005.

Recentemente, o STF, em sede de repercussão geral, decidiu que *é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*.²² Todavia, a decisão da Suprema Corte não alcançou, em princípio, a discussão da (im)prescritibilidade das ações de improbidade.

É possível perceber que o tema de (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento é bastante polêmico e conta com bons argumentos nas duas formas de interpretação da questão.

De nossa parte, entendemos que as ações de ressarcimento ao erário em decorrência de atos de improbidade administrativa, por força da interpretação do art. 37, § 5o., da CRFB, são imprescritíveis.

Todavia, isto não impede que apontemos crítica à opção constituinte. O ideal seria a submissão das ações de ressarcimento ao erário a prazos prescricionais com o intuito de efetivar o princípio da segurança jurídica.²³

Trata-se, por óbvio, de sugestão doutrinária que depende de alteração da Constituição Federal, sendo certo que, atualmente, deve ser observada a imprescritibilidade do art. 37, § 5o., da CRFB, uma vez que não existe norma constitucional originária inconstitucional.

9. CONCLUSÕES

A prescrição nas ações de improbidade administrativa recebeu tratamento normativo, em certa medida, confuso e inadequado.

O art. 23 da LIA apresenta omissões e imprecisões que ensejam insegurança jurídica e colocam em risco a efetividade na aplicação das sanções de improbidade, conforme demonstram os casos destacados no presente ensaio.

Conforme sustentamos em obra sobre o tema, o ideal, a nosso sentir, seria a estipulação de prazo uniforme de prescrição para aplicação das respectivas sanções a todos aqueles que praticarem atos de improbidade administrativa, cabendo ao magistrado proceder à dosimetria das sanções no caso concreto. Normalmente, a legislação administrativa estabelece

²² STF, RE no. 669.069/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 3.2.2016

²³ De forma semelhante: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 540, nota 56.

o prazo prescricional de cinco anos para as pretensões que envolvem a Administração (exemplos: arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei no. 4.717/1965; Decreto no. 29.910/1932; art. 54 da Lei no. 9.784/1999 etc.), o que poderia ser adotado, *de lege ferenda*, para as ações de improbidade administrativa, independentemente do acusado.²⁴

Além de facilitar a aplicação da norma, evitando discussões quanto aos prazos que não foram fixados de maneira clara e objetiva, o prazo único de prescrição demonstraria a importância de reprimir o ato de improbidade, grave pela sua própria essência, independentemente do sujeito que o pratica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei no. 8.429/1992*. São Paulo: RT, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, São Paulo: Atlas, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. *Interesse Público*, Porto Alegre, no. 33, set.-out. 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3. ed., São Paulo: Método, 2015, p. 95-96.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3. ed., São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Método, 2016.

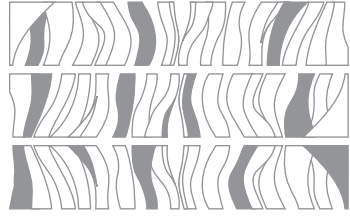
OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed., São Paulo: Método, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

TOURINHO, Rita. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, no. 12, out.-dez. 2007.



ÍNDICE ANALÍTICO

A

- PrCv Abastecimento de veículos de particulares às expensas do erário municipal - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Indícios suficientes da existência do ato ímprobo - Lei no. 8.429/1992, art. 17, §§ 6º e 8º - Petição inicial - Recebimento - Prévio inquérito civil. REsp no. 1.504.744 - MG. RSTJ 241/157.
- PrCv **Ação civil de improbidade administrativa** - CPC, arts. 84, 246, parágrafo único, e 248 - Lei no. 8.429/1992, art. 17 - Ministério Público - Intimação como fiscal da lei - Necessidade - Nulidade - Configuração - Petição inicial - Recebimento. REsp no. 1.446.285 - RJ. RSTJ 241/398.
- PrCv **Ação civil pública** - Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - Possibilidade - Contrato sem licitação vedado pela Lei Orgânica Municipal - Improbidade administrativa - Lei no. 8.429/1992, art. 11 - Prefeito municipal - Reeleição - Prescrição - Não ocorrência. REsp no. 1.414.757 - RN. RSTJ 241/358.
- PrCv **Ação civil pública** - Cautelar de indisponibilidade de bens - Decretação - Requisitos - Improbidade administrativa - Lei no. 8.429/1992, art. 7º. REsp no. 1.366.721 - BA. RSTJ 241/45.
- PrCv **Ação civil pública** - CF/1988, art. 37, § 5º - Improbidade administrativa - Legitimidade - Ministério Público - Ressarcimento ao erário. REsp no. 1.289.609 - DF. RSTJ 241/29.

- PrCv **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Abastecimento de veículos de particulares às expensas do erário municipal - Indícios suficientes da existência do ato ímprobo - Lei no. 8.429/1992, art. 17, §§ 6º e 8º - Petição inicial - Recebimento - Prévio inquérito civil. REsp no. 1.504.744 - MG. RSTJ 241/157.
- PrCv **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Ato ímprobo - Crime funcional - *Bis in idem* - Inexistência - Decreto no. 201/1967 - Lei no. 8.429/1992 - Prefeito. REsp no. 1.066.772 - MS. RSTJ 241/103.
- PrCv **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do demandado - Desnecessidade - Decreto de indisponibilidade de bens - Lei no. 8.429/1992, art. 7º. REsp no. 1.461.882 - PA. RSTJ 241/151.
- PrCv **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 7º, parágrafo único - Medida de indisponibilidade dos bens - Limitação da constrição. REsp no. 1.438.344 - SP. RSTJ 241/375.
- PrCv **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Não cabimento - Ato ímprobo - Não configuração - Lesão aos cofres públicos - Ausência - Ofensa praticada por servidor público contra particular que não estava em exercício de função pública. REsp no. 1.558.038 - PE. RSTJ 241/189.
- PrCv **Ação de improbidade administrativa** - Cassação de aposentadoria - Execução de sentença - Exorbitância do título exequendo - Lei no. 8.429/1992, art. 12. REsp no. 1.564.682 - RO. RSTJ 241/199.
- PrCv **Ação de improbidade administrativa** - Contagem do prazo prescricional - Lei no. 8.112/1990, art. 142 - Lei no. 8.429/1992, art. 23, II - Servidor de cargo efetivo - Sindicância - Interrupção da contagem do prazo. REsp no. 1.407.249 - PB. RSTJ 241/141.
- PrCv **Ação de improbidade administrativa contra particular** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Polo passivo - Agente público - Ausência. REsp no. 1.405.748 - RJ. RSTJ 241/120.
- PrCv Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - Possibilidade - **Ação civil pública** - Contrato sem licitação vedado pela Lei Orgânica Municipal - Improbidade administrativa - Lei no.

8.429/1992, art. 11 - Prefeito municipal - Reeleição - Prescrição - Não ocorrência. REsp no. 1.414.757 - RN. RSTJ 241/358.

Adm **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - *Bis in idem* - Não ocorrência - Condenação do agente apenas no ressarcimento dos danos causados ao erário - Impossibilidade - Lei no. 8.429/1992, art. 12 - Multa eleitoral. AgRg no AREsp no. 606.352 - SP. RSTJ 241/219.

PrCv Ato ímprobo - Crime funcional - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - *Bis in idem* - Inexistência - Decreto no. 201/1967 - Lei no. 8.429/1992 - Prefeito. REsp no. 1.066.772 - MS. RSTJ 241/103.

PrCv Ato ímprobo - Não configuração - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Não cabimento - Lesão aos cofres públicos - Ausência - Ofensa praticada por servidor público contra particular que não estava em exercício de função pública. REsp no. 1.558.038 - PE. RSTJ 241/189.

B

PrCv *Bis in idem* - Inexistência - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Ato ímprobo - Crime funcional - Decreto no. 201/1967 - Lei no. 8.429/1992 - Prefeito. REsp no. 1.066.772 - MS. RSTJ 241/103.

Adm *Bis in idem* - Não ocorrência - **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - Condenação do agente apenas no ressarcimento dos danos causados ao erário - Impossibilidade - Lei no. 8.429/1992, art. 12 - Multa eleitoral. AgRg no AREsp no. 606.352 - SP. RSTJ 241/219.

C

PrCv Carência de ação - Afastamento - **Improbidade administrativa** - Policiais civis - Prisões ilegais - Retorno dos autos à origem. REsp no. 1.081.743 - MG. RSTJ 241/239.

PrCv Cassação de aposentadoria - **Ação de improbidade administrativa** - Execução de sentença - Exorbitância do título exequendo - Lei no. 8.429/1992, art. 12. REsp no. 1.564.682 - RO. RSTJ 241/199.

- PrCv Cautelar de indisponibilidade de bens - **Ação civil pública** - Decretação - Requisitos - Improbidade administrativa - Lei no. 8.429/1992, art. 7º. REsp no. 1.366.721 - BA. RSTJ 241/45.
- PrCv Celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos - Finalidade cultural - Gravação de CD de canto gregoriano de Monges Beneditinos - **Improbidade administrativa** - Não configuração - Lei no. 8.429/1992, art. 17, § 8º - Violação - Ausência - Vedação legal - Ausência. REsp no. 1.337.911 - PE. RSTJ 241/290.
- PrCv CF/1988, art. 37, § 5º - **Ação civil pública** - Improbidade administrativa - Legitimidade - Ministério Público - Ressarcimento ao erário. REsp no. 1.289.609 - DF. RSTJ 241/29.
- PrCv Comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do demandado - Desnecessidade - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Decreto de indisponibilidade de bens - Lei no. 8.429/1992, art. 7º. REsp no. 1.461.882 - PA. RSTJ 241/151.
- Adm Condenação do agente apenas no ressarcimento dos danos causados ao erário - Impossibilidade - **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - *Bis in idem* - Não ocorrência - Lei no. 8.429/1992, art. 12 - Multa eleitoral. AgRg no AREsp no. 606.352 - SP. RSTJ 241/219.
- PrCv Contagem do prazo prescricional - **Ação de improbidade administrativa** - Lei no. 8.112/1990, art. 142 - Lei no. 8.429/1992, art. 23, II - Servidor de cargo efetivo - Sindicância - Interrupção da contagem do prazo. REsp no. 1.407.249 - PB. RSTJ 241/141.
- PrCv Contrato sem licitação vedado pela Lei Orgânica Municipal - **Ação civil pública** - Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - Possibilidade - Improbidade administrativa - Lei no. 8.429/1992, art. 11 - Prefeito municipal - Reeleição - Prescrição - Não ocorrência. REsp no. 1.414.757 - RN. RSTJ 241/358.
- PrCv CPC, arts. 84, 246, parágrafo único, e 248 - **Ação civil de improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 17 - Ministério Público - Intimação como fiscal da lei - Necessidade - Nulidade - Configuração - Petição inicial - Recebimento. REsp no. 1.446.285 - RJ. RSTJ 241/398.

D

- PrCv Decretação - Requisitos - **Ação civil pública** - Cautelar de indisponibilidade de bens - Improbidade administrativa - Lei no. 8.429/1992, art. 7º. REsp no. 1.366.721 - BA. RSTJ 241/45.
- PrCv Decreto de indisponibilidade de bens - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do demandado - Desnecessidade - Lei no. 8.429/1992, art. 7º. REsp no. 1.461.882 - PA. RSTJ 241/151.
- PrCv Decreto no. 201/1967 - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Ato ímprobo - Crime funcional - *Bis in idem* - Inexistência - Lei no. 8.429/1992 - Prefeito. REsp no. 1.066.772 - MS. RSTJ 241/103.
- Adm Dolo do agente - Prejuízo ao erário - Não comprovação - **Improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 11. REsp no. 1.536.895 - RJ. RSTJ 241/165.

E

- PrCv Execução de sentença - **Ação de improbidade administrativa** - Cassação de aposentadoria - Exorbitância do título exequendo - Lei no. 8.429/1992, art. 12. REsp no. 1.564.682 - RO. RSTJ 241/199.
- PrCv Exorbitância do título exequendo - **Ação de improbidade administrativa** - Cassação de aposentadoria - Execução de sentença - Lei no. 8.429/1992, art. 12. REsp no. 1.564.682 - RO. RSTJ 241/199.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Ação de improbidade administrativa contra particular** - Polo passivo - Agente público - Ausência. REsp no. 1.405.748 - RJ. RSTJ 241/120.

F

- PrCv Finalidade cultural - Celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos - Gravação de CD de canto gregoriano de Monges Beneditinos - **Improbidade administrativa** - Não configuração - Lei no. 8.429/1992, art. 17, § 8º - Violação -

Ausência - Vedação legal - Ausência. REsp no. 1.337.911 - PE. RSTJ 241/290.

Adm Fornecimento de passagens aéreas para a Assembleia Legislativa - **Improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 10 - Lesão ao erário - Responsabilidade solidária - Licitação fraudulenta - Multa civil - Transmissão aos herdeiros - Possibilidade. REsp no. 1.407.862 - RO. RSTJ 241/303.

G

PrCv Gravação de CD de canto gregoriano de Monges Beneditinos - Celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos - Finalidade cultural - **Improbidade administrativa** - Não configuração - Lei no. 8.429/1992, art. 17, § 8º - Violação - Ausência - Vedação legal - Ausência. REsp no. 1.337.911 - PE. RSTJ 241/290.

I

PrCv Improbidade administrativa - **Ação civil pública** - Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - Possibilidade - Contrato sem licitação vedado pela Lei Orgânica Municipal - Lei no. 8.429/1992, art. 11 - Prefeito municipal - Reeleição - Prescrição - Não ocorrência. REsp no. 1.414.757 - RN. RSTJ 241/358.

PrCv Improbidade administrativa - **Ação civil pública** - Cautelar de indisponibilidade de bens - Decretação - Requisitos - Lei no. 8.429/1992, art. 7º. REsp no. 1.366.721 - BA. RSTJ 241/45.

PrCv Improbidade administrativa - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 37, § 5º - Legitimidade - Ministério Público - Ressarcimento ao erário. REsp no. 1.289.609 - DF. RSTJ 241/29.

PrCv **Improbidade administrativa** - Carência de ação - Afastamento - Policiais civis - Prisões ilegais - Retorno dos autos à origem. REsp no. 1.081.743 - MG. RSTJ 241/239.

Adm **Improbidade administrativa** - Dolo do agente - Prejuízo ao erário - Não comprovação - Lei no. 8.429/1992, art. 11. REsp no. 1.536.895 - RJ. RSTJ 241/165.

Adm **Improbidade administrativa** - Fornecimento de passagens aéreas para a Assembleia Legislativa - Lei no. 8.429/1992, art. 10 - Lesão

ao erário - Responsabilidade solidária - Licitação fraudulenta - Multa civil - Transmissão aos herdeiros - Possibilidade. REsp no. 1.407.862 - RO. RSTJ 241/303.

PrCv **Improbidade administrativa** - Não configuração - Celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos - Finalidade cultural - Gravação de CD de canto gregoriano de Monges Beneditinos - Lei no. 8.429/1992, art. 17, § 8º - Violação - Ausência - Vedação legal - Ausência. REsp no. 1.337.911 - PE. RSTJ 241/290.

PrCv Indícios suficientes da existência do ato ímprobo - Abastecimento de veículos de particulares às expensas do erário municipal - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 17, §§ 6º e 8º - Petição inicial - Recebimento - Prévio inquérito civil. REsp no. 1.504.744 - MG. RSTJ 241/157.

L

PrCv Legitimidade - Ministério Público - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 37, § 5º - Improbidade administrativa - Ressarcimento ao erário. REsp no. 1.289.609 - DF. RSTJ 241/29.

PrCv Lei no. 8.112/1990, art. 142 - **Ação de improbidade administrativa** - Contagem do prazo prescricional - Lei no. 8.429/1992, art. 23, II - Servidor de cargo efetivo - Sindicância - Interrupção da contagem do prazo. REsp no. 1.407.249 - PB. RSTJ 241/141.

PrCv Lei no. 8.429/1992 - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Ato ímprobo - Crime funcional - *Bis in idem* - Inexistência - Decreto no. 201/1967 - Prefeito. REsp no. 1.066.772 - MS. RSTJ 241/103.

PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 7º - **Ação civil pública** - Cautelar de indisponibilidade de bens - Decretação - Requisitos - Improbidade administrativa. REsp no. 1.366.721 - BA. RSTJ 241/45.

PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 7º - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do demandado - Desnecessidade - Decreto de indisponibilidade de bens. REsp no. 1.461.882 - PA. RSTJ 241/151.

- PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 7º, parágrafo único - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Medida de indisponibilidade dos bens - Limitação da constrição. REsp no. 1.438.344 - SP. RSTJ 241/375.
- Adm Lei no. 8.429/1992, art. 10 - Fornecimento de passagens aéreas para a Assembleia Legislativa - **Improbidade administrativa** - Lesão ao erário - Responsabilidade solidária - Licitação fraudulenta - Multa civil - Transmissão aos herdeiros - Possibilidade. REsp no. 1.407.862 - RO. RSTJ 241/303.
- PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 11 - **Ação civil pública** - Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - Possibilidade - Contrato sem licitação vedado pela Lei Orgânica Municipal - Improbidade administrativa - Prefeito municipal - Reeleição - Prescrição - Não ocorrência. REsp no. 1.414.757 - RN. RSTJ 241/358.
- Adm Lei no. 8.429/1992, art. 11 - Dolo do agente - Prejuízo ao erário - Não comprovação - **Improbidade administrativa**. REsp no. 1.536.895 - RJ. RSTJ 241/165.
- PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 12 - **Ação de improbidade administrativa** - Cassação de aposentadoria - Execução de sentença - Exorbitância do título exequendo. REsp no. 1.564.682 - RO. RSTJ 241/199.
- Adm Lei no. 8.429/1992, art. 12 - **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - *Bis in idem* - Não ocorrência - Condenação do agente apenas no ressarcimento dos danos causados ao erário - Impossibilidade - Multa eleitoral. AgRg no AREsp no. 606.352 - SP. RSTJ 241/219.
- PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 17 - **Ação civil de improbidade administrativa** - CPC, arts. 84, 246, parágrafo único, e 248 - Ministério Público - Intimação como fiscal da lei - Necessidade - Nulidade - Configuração - Petição inicial - Recebimento. REsp no. 1.446.285 - RJ. RSTJ 241/398.
- PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 17, §§ 6º e 8º - Abastecimento de veículos de particulares às expensas do erário municipal - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Indícios suficientes da existência do ato ímprobo - Petição inicial - Recebimento - Prévio inquérito civil. REsp no. 1.504.744 - MG. RSTJ 241/157.

- PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 17, § 8º - Violação - Ausência - Celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos - Finalidade cultural - Gravação de CD de canto gregoriano de Monges Beneditinos - **Improbidade administrativa** - Não configuração - Vedação legal - Ausência. REsp no. 1.337.911 - PE. RSTJ 241/290.
- PrCv Lei no. 8.429/1992, art. 23, II - **Ação de improbidade administrativa** - Contagem do prazo prescricional - Lei no. 8.112/1990, art. 142 - Servidor de cargo efetivo - Sindicância - Interrupção da contagem do prazo. REsp no. 1.407.249 - PB. RSTJ 241/141.
- Adm Lesão ao erário - Responsabilidade solidária - Fornecimento de passagens aéreas para a Assembleia Legislativa - **Improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 10 - Licitação fraudulenta - Multa civil - Transmissão aos herdeiros - Possibilidade. REsp no. 1.407.862 - RO. RSTJ 241/303.
- PrCv Lesão aos cofres públicos - Ausência - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Não cabimento - Ato ímprobo - Não configuração - Ofensa praticada por servidor público contra particular que não estava em exercício de função pública. REsp no. 1.558.038 - PE. RSTJ 241/189.
- Adm Licitação fraudulenta - Fornecimento de passagens aéreas para a Assembleia Legislativa - **Improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 10 - Lesão ao erário - Responsabilidade solidária - Multa civil - Transmissão aos herdeiros - Possibilidade. REsp no. 1.407.862 - RO. RSTJ 241/303.

M

- PrCv Medida de indisponibilidade dos bens - Limitação da constrição - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 7º, parágrafo único. REsp no. 1.438.344 - SP. RSTJ 241/375.
- PrCv Ministério Público - Intimação como fiscal da lei - Necessidade - **Ação civil de improbidade administrativa** - CPC, arts. 84, 246, parágrafo único, e 248 - Lei no. 8.429/1992, art. 17 - Nulidade - Configuração - Petição inicial - Recebimento. REsp no. 1.446.285 - RJ. RSTJ 241/398.

Adm Multa civil - Transmissão aos herdeiros - Possibilidade - Fornecimento de passagens aéreas para a Assembleia Legislativa - **Improbidade administrativa** - Lei no. 8.429/1992, art. 10 - Lesão ao erário - Responsabilidade solidária - Licitação fraudulenta. REsp no. 1.407.862 - RO. RSTJ 241/303.

Adm Multa eleitoral - **Ato de improbidade administrativa** - Configuração - *Bis in idem* - Não ocorrência - Condenação do agente apenas no ressarcimento dos danos causados ao erário - Impossibilidade - Lei no. 8.429/1992, art. 12. AgRg no AREsp no. 606.352 - SP. RSTJ 241/219.

N

PrCv Nulidade - Configuração - **Ação civil de improbidade administrativa** - CPC, arts. 84, 246, parágrafo único, e 248 - Lei no. 8.429/1992, art. 17 - Ministério Público - Intimação como fiscal da lei - Necessidade - Petição inicial - Recebimento. REsp no. 1.446.285 - RJ. RSTJ 241/398.

O

PrCv Ofensa praticada por servidor público contra particular que não estava em exercício de função pública - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Não cabimento - Ato ímprobo - Não configuração - Lesão aos cofres públicos - Ausência. REsp no. 1.558.038 - PE. RSTJ 241/189.

P

PrCv Petição inicial - Recebimento - Abastecimento de veículos de particulares às expensas do erário municipal - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Indícios suficientes da existência do ato ímprobo - Lei no. 8.429/1992, art. 17, §§ 6º e 8º - Prévio inquérito civil. REsp no. 1.504.744 - MG. RSTJ 241/157.

PrCv Petição inicial - Recebimento - **Ação civil de improbidade administrativa** - CPC, arts. 84, 246, parágrafo único, e 248 - Lei no. 8.429/1992, art. 17 - Ministério Público - Intimação como fiscal da lei - Necessidade - Nulidade - Configuração. REsp no. 1.446.285 - RJ. RSTJ 241/398.

- PrCv Policiais civis - Prisões ilegais - Carência de ação - Afastamento - **Improbidade administrativa** - Retorno dos autos à origem. REsp no. 1.081.743 - MG. RSTJ 241/239.
- PrCv Polo passivo - Agente público - Ausência - **Ação de improbidade administrativa contra particular** - Extinção do processo sem julgamento do mérito. REsp no. 1.405.748 - RJ. RSTJ 241/120.
- PrCv Prefeito - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Ato ímprobo - Crime funcional - *Bis in idem* - Inexistência - Decreto no. 201/1967 - Lei no. 8.429/1992. REsp no. 1.066.772 - MS. RSTJ 241/103.
- PrCv Prefeito municipal - Reeleição - **Ação civil pública** - Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - Possibilidade - Contrato sem licitação vedado pela Lei Orgânica Municipal - Improbidade administrativa - Lei no. 8.429/1992, art. 11 - Prescrição - Não ocorrência. REsp no. 1.414.757 - RN. RSTJ 241/358.
- PrCv Prescrição - Não ocorrência - **Ação civil pública** - Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos - Possibilidade - Contrato sem licitação vedado pela Lei Orgânica Municipal - Improbidade administrativa - Lei no. 8.429/1992, art. 11 - Prefeito municipal - Reeleição. REsp no. 1.414.757 - RN. RSTJ 241/358.
- PrCv Prévio inquérito civil - Abastecimento de veículos de particulares às expensas do erário municipal - **Ação civil pública por ato de improbidade administrativa** - Indícios suficientes da existência do ato ímprobo - Lei no. 8.429/1992, art. 17, §§ 6º e 8º - Petição inicial - Recebimento. REsp no. 1.504.744 - MG. RSTJ 241/157.

R

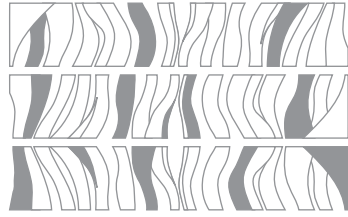
- PrCv Ressarcimento ao erário - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 37, § 5º - Improbidade administrativa - Legitimidade - Ministério Público. REsp no. 1.289.609 - DF. RSTJ 241/29.
- PrCv Retorno dos autos à origem - Carência de ação - Afastamento - **Improbidade administrativa** - Policiais civis - Prisões ilegais. REsp no. 1.081.743 - MG. RSTJ 241/239.

S

- PrCv Servidor de cargo efetivo - **Ação de improbidade administrativa** - Contagem do prazo prescricional - Lei no. 8.112/1990, art. 142 - Lei no. 8.429/1992, art. 23, II - Sindicância - Interrupção da contagem do prazo. REsp no. 1.407.249 - PB. RSTJ 241/141.
- PrCv Sindicância - Interrupção da contagem do prazo - **Ação de improbidade administrativa** - Contagem do prazo prescricional - Lei no. 8.112/1990, art. 142 - Lei no. 8.429/1992, art. 23, II - Servidor de cargo efetivo. REsp no. 1.407.249 - PB. RSTJ 241/141.

V

- PrCv Vedação legal - Ausência - Celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos - Finalidade cultural - Gravação de CD de canto gregoriano de Monges Beneditinos - **Improbidade administrativa** - Não configuração - Lei no. 8.429/1992, art. 17, § 8º - Violação - Ausência. REsp no. 1.337.911 - PE. RSTJ 241/290.



ÍNDICE SISTEMÁTICO

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL - AGRG NO ARES**

606.352-SP Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 241/219.

RECURSO ESPECIAL - RES

1.066.772-MS..... Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 241/103.

1.081.743-MG..... Rel. Min. Herman Benjamin RSTJ 241/239.

1.289.609-DF Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 241/29.

1.337.911-PE..... Rel. Min. Humberto Martins RSTJ 241/290.

1.366.721-BA Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 241/45.

1.405.748-RJ Rel. Min. Regina Helena Costa..... RSTJ 241/120.

1.407.249-PB..... Rel. Min. Olindo Menezes

(Desembargador Convocado do

TRF 1a. Região) RSTJ 241/141.

1.407.862-RO..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 241/303.

1.414.757-RN..... Rel. Min. Humberto Martins RSTJ 241/358.

1.438.344-SP Rel. Min. Assusete Magalhães RSTJ 241/375.

1.446.285-RJ Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 241/398.

1.461.882-PA..... Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 241/151.

1.504.744-MG..... Rel. Min. Sérgio Kukina RSTJ 241/157.

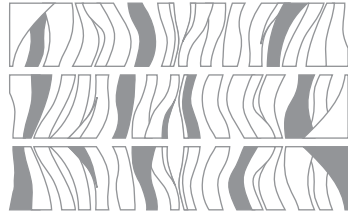
1.536.895-RJ Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 241/165.

1.558.038-PE..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 241/189.

1.564.682-RO..... Rel. Min. Olindo Menezes

(Desembargador Convocado do

TRF 1a. Região) RSTJ 241/199.



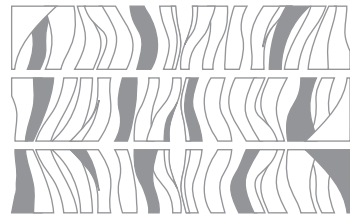
SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito

IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção

RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**REPOSITÓRIOS
AUTORIZADOS E
CREDENCIADOS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 01.** Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria no. 1 de 19.8.1985 - DJ 21.8.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.
- 02.** Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria no. 2 de 19.8.1985 - DJ 21.8.1985 - **Registro cancelado** - Portaria no. 1 de 5.9.2007 - DJ 19.9.2007.
- 03.** Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria no. 5 de 26.8.1985 - DJ 28.8.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria no. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
- 04.** Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria no. 6 de 9.9.1985 - DJ 12.9.1985 - **Registro cancelado** - Portaria no. 1 de 9.2.2006 - DJ 15.2.2006.
- 05.** Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria no. 7 de 6.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 6.3.2001 - DJ 9.3.2001.
- 06.** Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria no. 1 de 29.11.1989 - DJ 1o.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria no. 3 de 19.6.2002 - DJ de 25.6.2002.
- 07.** Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria no. 1 de 08.2.1990 - DJ 12.2.1990 - **Registro alterado** - Portaria no. 3 de 19.3.2010 - DJe 22.3.2010.
- 08.** Revista Jurídica Mineira - Portaria no. 3 de 2.4.1990 - DJ 4.4.1990 - **Registro cancelado** - Portaria no. 4 de 13.05.1999 - DJ 4.6.1999.
- 09.** Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria no. 4 de 2.4.1990 - DJ 4.4.1990.
- 10.** Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria no. 5 de 2.5.1990 - DJ 9.5.1990 - **Registro cancelado** - Portaria no. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.
- 11.** Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria no. 6 de 31.5.1990 - DJ 6.6.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria no. 7 de 31.5.1990 - DJ 6.6.1990 - **Registro cancelado** - Portaria no. 4 de 6.6.2000 - DJ 9.6.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria no. 8 de 31.5.1990 - DJ 6.6.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria no. 9 de 31.5.1990 - DJ 6.6.1990 - **Registro cancelado** - Portaria no. 5 de 11.6.2001 - DJ 19.6.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria no. 10 de 21.8.1990 - DJ 24.8.1990 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 4.7.2003 - DJ 14.7.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria no. 12 de 10.9.1990 - DJ 12.9.1990.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria no. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria no. 10 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria no. 1 de 22.5.1991 - DJ 27.5.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 3 de 16.9.1991 - DJ 20.9.1991 - **Registro retificado** - Portaria no. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria no. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria no. 1 de 10.3.1992 - DJ 13.3.1992 - **Registro cancelado** - Portaria no. 6 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria no. 2 de 10.3.1992 - DJ 13.3.1992 - **Registro retificado** - Portaria no. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria no. 4 de 29.10.2013 - DJe de 5.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria no. 3 de 10.3.1992 - DJ 13.3.1992 - **Registro cancelado** - Portaria no. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria no. 4 de 20.4.1992 - DJ 24.4.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria no. 5 de 22.6.1992 - DJ 6.7.1992 - **Registro cancelado** - Portaria no. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria no. 6 de 6.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria no. 3 de 4.7.2003 - DJ 14.7.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria no. 1 de 18.2.1993 - DJ 25.2.1993 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 23.8.2004 - DJ 26.8.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria no. 2 de 11.2.1994 - DJ 18.2.1994 - **Registro cancelado** - Portaria no. 3 de 4.5.1999 - DJ 18.5.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria no. 3 de 2.3.1994 - DJ 7.3.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria no. 4 de 15.6.1994 - DJ 17.6.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria no. 5 de 14.9.1994 - DJ 16.9.1994 - **Registro cancelado** - Portaria no. 4 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria no. 6 de 2.12.1994 - DJ 6.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 28.6.2013 - DJe 1o.7.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria no. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria no. 5 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria no. 1, de 11.4.1996 - DJ 22.4.1996 - **Registro cancelado** - Portaria no. 6 de 18.6.2010 - DJe 22.6.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria no. 2 de 29.4.1996 - DJ 2.5.1996 - **Registro cancelado** - Portaria no. 11 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria no. 3 de 12.8.1996 - DJ 15.8.1996.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria no. 1 de 16.6.1997 - DJ 23.6.1997 - **Registro cancelado** - Portaria no. 1 de 20.4.2016 - DJe 3.5.2016.

37. Revista do Ministério Público - Portaria no. 1 de 26.10.1998 - DJ 5.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria no. 9 de 14.6.1999 - DJ 22.6.1999.

38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria no. 1 de 4.2.1999 - DJ 23.2.1999 - Republicada em 25.2.1999 - **Registro cancelado** - Portaria no. 1 de 6.3.2001 - DJ 9.3.2001.

39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria no. 2 de 12.4.1999 - DJ 15.4.1999 - **Registro cancelado** - Portaria no. 3 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.

40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria no. 6 de 14.6.1999 - DJ 22.6.1999 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 9.2.2006 - DJ 15.2.2006.

41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria no. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria no. 3 de 9.2.2006 - DJ 15.2.2006.

42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 8 de 14.6.1999 - DJ 22.6.1999.

43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria no. 10 de 29.6.1999 - DJ 5.7.1999 - **Registro cancelado** - Portaria no. 1 de 23.8.2004 - DJ 26.8.2004.

44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria no. 1 de 14.3.2000 - DJ 21.3.2000.

45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 2 de 14.3.2000 - DJ 21.3.2000 - **Registro retificado** - Portaria no. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria no. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 3 de 29.3.2000 - DJ 3.4.2000 - **Registro retificado** - Portaria no. 2 de 14.9.2009 - DJe 15.9.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria no. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria no. 5 de 21.6.2000 - DJ 27.6.2000 - **Registro cancelado** - Portaria no. 8 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.

48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria no. 6 de 21.6.2000 - DJ 27.6.2000 - **Registro cancelado** - Portaria no. 7 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.
49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria no. 7 de 21.6.2000 - DJ 27.6.2000 - **Registro cancelado** - Portaria no. 9 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 4 de 6.3.2001 - DJ 9.3.2001 - **Registro retificado** - Portaria no. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria no. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria no. 6 de 11.6.2001 - DJ 19.6.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria no. 1 de 8.4.2002 - DJ 2.5.2002 - Republicada em 19.4.2002 - **Registro cancelado** - Portaria no. 1 de 31.7.2009 - DJe 5.8.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria no. 2 de 23.4.2002 - DJ 2.5.2002 - **Registro cancelado** - Portaria no. 5 de 9.4.2010 - DJe 18.4.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria no. 1 de 30.6.2003 - DJ 7.7.2003. - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 20.4.2016 - DJe 3.5.2016.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria no. 1 de 23.5.2005 - DJ 30.5.2005 - **Registro alterado** - Portaria no. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria no. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria no. 3 de 16.12.2005 - DJ 8.2.2006 - **Registro cancelado** - Portaria no. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria no. 4 de 2.8.2006 - DJ 9.8.2006.

59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria no. 5 de 9.8.2006 - DJ 15.8.2006 - **Registro cancelado** - Portaria no. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.

60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria no. 6 de 9.8.2006 - DJ 15.8.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria no. 7 de 9.8.2006 - DJ 15.8.2006 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 8.10.2007 - DJ 18.10.2007.

62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria no. 8 de 2.10.2006 - DJ 4.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria no. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.

63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria no. 1 de 1o.2.2008 - DJ 11.2.2008.

64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria no. 2 de 1o.2.2008 - DJ 11.2.2008.

65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria no. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria no. 2 de 27.11.2014 - DJe 3.12.2014.

66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria no. 5 de 30.10.2008 - DJe 7.11.2008.

67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria no. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.

68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria no. 1 de 19.2.2010 - DJe 24.2.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria no. 4 de 19.3.2010 - DJe 22.3.2010.

69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria no. 2 de 19.2.2010 - DJe 24.2.2010.

70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Regional da 5ª Região - Portaria no. 5 de 9.4.2010 - DJe 13.4.2010.

71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria no. 7 de 10.9.2010 - DJe 14.9.2010 - **Registro cancelado** - Portaria no. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria no. 1 de 31.1.2011 - DJe 2.2.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 2 de 31.1.2011 - DJe 2.2.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 3 de 29.4.2011 - DJe 3.5.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria no. 4 de 29.4.2011 - DJe 3.5.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria no. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria no. 1 de 7.5.2012 - DJe 9.5.2012 - **Registro cancelado** - Portaria no. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria no. 1 de 28.2.2013 - DJe 4.3.2013 - **Registro cancelado** - Portaria no. 3 de 3.10.2013 - DJe de 7.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria no. 1 de 6.4.2015 - DJe 8.4.2015.



Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ