



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 regar 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 vazão 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 assinalei 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: Imprece, 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.

CAPPELLETTI, 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.

COUINHÓ, 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.

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 irrecorríveis, 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. Decorrencia 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 vezes 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, litisconsórcio passivo necessário unitário (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 conseqüência 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 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, 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 convençionem, 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 improba, 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 desmantelamento de organizações criminosas que tanto o prejudicam. É essa a Política Pública vigente de repressão à prática de crimes e ao desmantelamento 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 terem 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 conseqüências); 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 conseqüência, *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 avançada 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 imprimem 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 nexo 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 nexo 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 nexo 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.