IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR* **

1. Breve introdução: o dever de lealdade perante a Administração Pública. 2. A Lei 8.429/92 e seus antecedentes. 3. Conceito de improbidade administrativa e atos de improbidade. 4. Destinatários da Lei 8.429/92. 5. Sanções. 6. A apuração judicial dos atos de improbidade. 6.1. Legitimidade e rito procedimental. 6.2. Tutela cautelar. 6.3. Competência. 7. Prescrição. 8. Algumas conclusões.

1. Breve introdução: o dever de lealdade perante a Administração Pública

Uma forte tendência a modelar a ciência jurídica, a partir do final do século XIX, é a da sua aproximação com a moral. Reconheceu-se que os preceitos jurídicos, a despeito de sua coercibilidade, perderiam seu significado e razão de ser caso investissem contra os ditames da moral. A precedência tocou ao direito privado, resultando na doutrina da proscrição do enriquecimento sem causa e do abuso do direito.

O direito público não ficou à margem. Logo incorporou o movimento, exemplificado pela teoria do desvio de poder. Sobre o assunto, discorreu, em trabalho pioneiro em nossa literatura jurídica, Antônio José Brandão: "Com efeito, o desvio de poder não se reduz a mero problema de legalidade, pois o ato em que êle se manifesta concretamente é praticado com observância da lei, mas obedece a determinante imoral. Por outras palavras: o que afeta a juridicidade do ato em que o desvio de poder se concretizar é, principalmente, a imoralidade administrativa que

* Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Visitante do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito do Recife — UFPE (mestrado e doutorado). Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito do Recife — UFPE. Juiz Federal.

** Escrito a consubstanciar exposição realizada pelo autor no Curso de Especialização em Direito, pertencente ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Potiguar, no dia 23 de agosto de 2003, ao qual foram agregados informes posteriores.

consiste em produzir modificações lícitas da ordem jurídica para atingir fins meta-jurídicos, que não são fins de pública administração".[1]

O transcurso dos anos fez com que a preocupação com as noções morais, no âmbito da Administração Pública, ultrapassasse a cidadela do desvio de finalidade. A própria idéia de democracia passou a gravitar em torno do crescimento moral da vida pública. Isto porque não é dado esquecer que o Estado pertence aos cidadãos, de maneira que aqueles a quem são delegadas competências de mando na estrutura administrativa não podem desprezar o imperativo democrático que impõe o dever de estar sempre a serviço da coletividade.

Portanto, segue-se que o agente credenciado para atuar em nome do ente estatal, máxime quando exerça competência discricionária, não poderá postergar o lado moral da Administração, cabendo-lhe desempenhar sua tarefa com vistas à obtenção da melhor fórmula para concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos.

A movimentação administrativa orientada pela moral pressupõe, entre outros, valores como a lealdade institucional, a economicidade no manuseio dos recursos públicos, a tomada de decisões com base em critérios objetivos e imparciais, o regime de mérito no acesso à função pública, o combate à corrupção e a adequada prestação de serviços públicos.

Nestas linhas, a investigação voltar-se-á à conduta do agente público perante o aparato institucional administrativo. Recairá naquilo que poderíamos denominar, a despeito da forte variação terminológica na doutrina, de dever de lealdade.

1 Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, v. 25, p. 467, jul./set. 1951. Noutro estudo, precedente à Constituição de 1988, Manoel Franco de Oliveira Sobrinho (As práticas administrativas e o controle da moralidade. *In*: *Estudos de Direito Público*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1977. p. 195-209) desenvolveu entre nós, como foco no controle dos atos praticados com base em competência discricionária, a noção de moralidade administrativa, ressaltando que esta vai além dos tradicionais contornos do princípio da legalidade para alcançar uma deontologia vinculada a um controle superior. Ao depois do vigente arcabouço constitucional, o tema fora aqui revisitado com salutar envergadura por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992) e Caio Tácito (A moralidade administrativa e a nova lei do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 190, p. 45-53, out./dez. 1992). No estrangeiro, digna de menção a obra de Jesús González Pérez (*Administración pública e moral*. 1. ed. Madri: Civitas, 1995), para quem a moral possui grande influência no direito administrativo, refletindo-se como pressuposto para o exercício de atividades, causa de isenção de deveres, limite ao exercício de competências e fim da atuação administrativa. Não perder de memória Jaques Moreau (*Droit Administratif*. 1. ed. Paris: Press es Universitaires de France, 1989. p. 351-352), para quem é pacífico que a noção de ordem pública, tal como formulada pelo Ancien Régime e pelo período revolucionário, calcada na tríade segurança, tranqüilidade e salubridade, ampliou-se com o Estado Providência, incluindo os fins mais diversificados, como a satisfação das necessidades coletivas, a proteção das liberdades concretas e o desabrochamento do homem. Desse modo, abrange também a moralidade pública, com vistas a fundar algumas proibições pronunciadas pelas autoridades de polícia, obtendo-se particular projeção, a pretexto exemplificativo, o reconhecimento, pelo Conselho de Estado (rec. 693, de 18-12-59), de poder de censura sobre o caráter imoral de filmes. Diz ser evidente o acréscimo, em prol das múltiplas atividades de polícia especiais, do objeto específico de proteger a decência e os bons costumes.

O apelo às lições dos juristas realça tal imperativo. Marcelo Caetano nos fala do dever de probidade, a requerer que o funcionário sirva à "Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer"[2].

Por sua vez, Pietro Virga[3] alude ao dever de fidelidade (*dovere di fedeltà*), ao conter a obrigação do agente de abster-se de qualquer comportamento que possa ser prejudicial à Administração e de não usar a função para fins pessoais.

Roberto Dromi destaca o dever de ética pública[4], marcado pela dignidade em atuar de seus empregados e funcionários, principalmente no que concerne ao emprego dos fundos, do patrimônio e dos procedimentos de atuação e decisão governativos.

O estudo da obrigação de lealdade perante a Administração não passou aqui despercebido. José Alfredo de Oliveira Baracho[5], ao aludir ao dever de probidade, destaca-o como instrumento constitucionalmente integrado na conduta do administrador público, constituindo elemento indispensável à legitimação de seus atos.

Isso sem passar esquecida a consagração, no art. 116, II, da Lei 8.112/90, que delineia o estatuto dos funcionários públicos civis federais, do dever destes em serem leais às instituições a que servirem.

A ênfase doutrinária ao dever de portar-se com fidelidade à Administração fez com que vários países adotassem, no seu ordenamento, códigos de ética pública ou funcional. Informador, a esse respeito, Xaime Rodríguez-Arana Muñoz[6], ao men-

2 *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. tomo II, p. 749. Analisando minuciosamente, nesta página e na seguinte, o dever de probidade, o lente lusitano aponta as suas manifestações no seguinte: a) guardar com fidelidade e dar o correto destino aos dinheiros, documentos valores ou coisas que receba, ou lhe sejam confiados em razão da função; b) não demonstrar interesse, diretamente ou mediante interposta pessoa, em contrato a ser celebrado com a entidade a que servir; c) não aceitar, por si ou interposta pessoa, dádivas, presentes, qualquer vantagem patrimonial, ou promessa desta, a fim de praticar ato funcional; d) não exigir dos administrados, e não consentir que se exija, quantias ou serviços não legalmente exigidos; e) não fazer negócio lucrativo com o provimento de alguém em cargo público; f) não fazer circular na repartição listas de subscrição, em benefício próprio ou de outros servidores, a fim de recolher donativos dos superiores, dos colegas ou do público; g) não atuar como procurador ou intermediário de outrem junto aos serviços da repartição; h) não aceitar homenagens de subalternos, ou prestadas por particulares com interesses correlativos ao serviço, salvo quando deixar o cargo por motivo de transferência ou aposentadoria; i) adotar conduta de absoluta isenção, procurando sempre atender aos interesses gerais que cumpre realizar e defender.

3 *Diritto Amministrativo — I principi*. 4. ed. Milão: Giuffrè editore, 1995. p. 238.

4 *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 384.

5 *Dever de probidade e o administrador público*. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CASTRO E COSTA NETO, Nicolao Dino de; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade Administrativa — 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 203. Recentemente, a preocupação voltou à tona através de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (*A ética nas funções de Estado*. Fórum Administrativo, ano 3, nº. 28, p. 2.363-2.368, jun. 2003).

6 *Ética na administración pública*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1995. p. 99 e 102).

cionar a existência da compilação de regras nessa matéria na Espanha (Lei de Ética na Administração Pública de 1978), Canadá (Código de Ética) e nos Estados Unidos da América (Princípios de conduta ética para os funcionários do Governo dos Estados Unidos, aprovados pela Ordem Executiva de 12 de abril de 1989)[7]. Na Administração Pública Federal brasileira, por seu turno, temos regulamentação através do Decreto 1.171, de 22.06.94.

A importância dessa introdução se justifica em face da aplicação do instituto da improbidade administrativa encontrar conexão com o encargo funcional de fielmente servir à Administração Pública.

Antes de ingressarmos no exame dos dispositivos da Lei 8.429/92, procederemos à breve retrospectiva histórica de nossa legislação a esse respeito.

2. *A Lei 8.429/92 e seus antecedentes*

À elaboração da Lei 8.429/92 precedeu longo caminhar. Recuando-se no tempo, vislumbrava-se na Constituição Imperial de 1824, que se notabilizara por realçar o caráter sagrado e inviolável da pessoa do Imperador (art. 99), a possibilidade, no art. 133, II e VI, de responsabilização dos Ministros de Estado por peita, suborno ou concussão, bem como pela dissipação dos bens públicos.

A Constituição republicana de 1891 não descurou em prever, desde que houvesse a definição em lei especial, de crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que atentassem contra a probidade da Administração e a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos (art. 54º, alíneas 6º e 7º), preceitos reproduzidos nas Constituições de 1934 (art. 57, alíneas *f* e *g*) e 1937 (art. 85, alínea *d*).

Ainda durante a vigência da Carta de 1937 foi promulgado o Decreto-lei 3.240, de 08.05.41, dispondo sobre o seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes que impliquem em prejuízo para a Fazenda Pública, exigindo o seu art. 1º a verificação de locupletamento ilícito.

A medida, que poderia recair sobre todos os bens do indiciado, seria decretada pela autoridade judiciária, sem audiência da parte contrária, a requerimento do Ministério Público, desde que presentes indícios veementes de responsabilidade, comunicados ao juiz em segredo de justiça.

A nova ordem instituída pela Constituição de 1946, demais de aludir à possibilidade de crime de responsabilidade presidencial por ofensa à probidade na Administração (art. 89, V)[8], inseriu, na parte final do art. 141, § 31, relativo aos direitos e garantias individuais, autorização para que a lei dispusesse sobre o seqüestro e o

7 A transcrição de parcela relevante desse diploma está na obra citada, p.102-104.

8 As Constituições de 1967 (art. 84, V), 1969 (art. 82, V) e 1988 (art. 85, V), continuaram a prever a prática, contanto que resultante de definição legal, de crime de responsabilidade do Presidente da República em detrimento da probidade na Administração.

perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, decorrente de influência ou abuso no exercício de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

A regulamentação do dispositivo constitucional se deu com a Lei 3.164, de 01.06.57, a declarar a sujeição a seqüestro, e conseqüente perda em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo, função, ou emprego público, o qual se verificaria mesmo ante a absolvição ou extinção da punibilidade no juízo criminal.

Complementando tal arcabouço legal, adveio a Lei 3.502, de 21.12.58, frisando que as medidas acima se dariam na hipótese de enriquecimento ilícito.

Em seguida, com o propósito de proteger o patrimônio público diante de atos ilegais e lesivos, foi editada a Lei 4.717/65, responsável pela instituição da ação popular, instituto que alçou realce magno com a Constituição de 1967 (art. 150, § 31)[9].

A Constituição de 1988 procurou imprimir ao resguardo da moralidade na Administração tratamento assaz satisfatório. Logo no seu art. 14, § 9º, inserto no Capítulo IV do Título II, dedicado aos direitos políticos, outorgou competência para a lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade, além dos mencionados no seu texto, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato[10].

Um pouco mais à frente, no art. 15, V, coube-lhe a missão precursora de introduzir na ribalta jurídica nacional o instituto da improbidade administrativa, enumerando-o como causa de suspensão dos direitos políticos.

Ao tratar da Administração Pública, no Título III do Capítulo VII, o art. 37, § 4º, da CF, completou os objetivos visados pelo instituto, proclamando: "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".

Integrando os preceitos constitucionais adveio a Lei 8.429, de 02.06.92. O exame desta e de suas principais controvérsias interpretativas será o objetivo primacial deste escrito.

9 O instituto persistiu nos textos constitucionais de 1969 (art. 153, §31) e de 1988 (art. 5º, LXXIII).

10 Previsão idêntica já era encontradiça nas Constituições de 1967 (art. 148, II) e 1969 (art. 151, II e IV). À época, tais dispositivos mereceram o comentário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "As inelegibilidades, criadas pela lei devem outrossim ter em vista a defesa do patrimônio público contra os que já se mostraram administradores ímprobos. É justo que se exclua a elegibilidade para os postos de governo dos que já incidiram em faltas que não revelam exação e probidade administrativa" (*Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 570). Linhas adiante, agregou: "O intuito do constituinte é louvável. Quis ele excluir a elegibilidade daqueles cuja vida pregressa foge dos padrões morais da comunidade. É, porém, extremamente delicada a regulamentação do que prescreve o texto em exame". (*loc. cit.*, p. 571).

3. Conceito de improbidade administrativa e atos de improbidade

A primeira dificuldade reside na delimitação semântica do termo improbidade administrativa. De logo, advirta-se que este constitui conceito jurídico indeterminado, a demandar, para a descoberta de seu significado, o recurso aos conceitos de valor e de experiência.

A pesquisa de seu significado comum, portanto, faz-se indispensável. Compulsando-se Caudas Aulete[11], tem-se, quanto ao verbete improbidade, cuja origem latina é *improbitas*, o sentido de falta de probidade, ou maldade, malícia ou perversidade. Já quanto à probidade, obtém-se: "1. Retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem público ou privado; 2. Honestidade, pundonor, honradez"[12].

A doutrina fornece exemplo do labor destinado à definição do tema em análise. Flávio Sátiro Fernandes[13] parte da premissa de que moralidade e probidade administrativas são noções distintas, e de que esta é o gênero do qual aquela é a espécie. Daí a probidade administrativa abranger o princípio da moralidade, o que se pode vislumbrar da maneira como a Lei 8.429/92 define os atos de improbidade, tripartindo-os naqueles que ensejem enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública, enunciados no art. 37, *caput*, da Lei Maior, entre os quais está o da moralidade, juntamente com os da legalidade, impessoalidade e publicidade.

Expõe a título de remate: "A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou, ainda, violação aos princípios que orientam a pública administração. Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa".[14]

Noutra vertente, José Afonso da Silva,[15] ao se defrontar com a inovação constitucional, frisa que a província da imoralidade administrativa é mais ampla do que a da probidade, entendendo que esta se cuida de uma imoralidade administrativa qualificada, definindo o ímprobo como um devasso da Administração Pública.

11 *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1980. v. III, p. 1.924.

12 *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1980. v. IV, p. 2.946.

13 *Improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa*, n. 136, ano 34, p. 102-103, out./dez. 1997.

14 *Loc. cit.*, p. 103.

15 *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 337.

Esse ponto de vista granjeou ponderáveis adesões, como se pode notar da pena de Marcelo Figueiredo[16], Aristides Junqueira Alvarenga[17], Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo de Rezende Porto[18] e José Jairo Gomes[19].

Manifesto-me em prol da última corrente. Não haveria sentido de o Constituinte distinguir a improbidade da moralidade administrativa se não fosse para legar àquela um conteúdo especial. Isto porque a só ofensa à moralidade administrativa já acarretaria as conseqüências previstas na Lei 4.717/65, relativas à ação popular, não havendo, portanto, que se criar dois institutos para se alcançar fim idêntico[20].

Constitui imperativo lógico o de que a previsão de um bom número de sanções, dotadas de certa gravidade, está centrada na prática de determinada ofensa à moralidade administrativa, capaz de revelar postura desonesta do agente.

Doutro lado, compreender a moralidade como inserida no universo da improbidade administrativa, em virtude da Lei 8.429/92 elencar três categorias de atos ímprobos, mencionando longa tipificação, teria o inconveniente de equiparar a mera ilegalidade à improbidade.

A jurisprudência, numa das primeiras oportunidades em que se defrontara com a necessidade de delineação do significado de improbidade administrativa, fora seduzida pela versão mais estrita, a requerer à configuração daquela laivos de desonestidade na conduta do administrador.

Exemplo disso está no REsp 213.994 — MG,[21] onde examinada demanda ajuizada pelo Ministério Público contra Prefeito do Município de Itutinga (MG), imputando-lhe violação aos arts. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, pelo fato de o réu haver, durante a sua gestão, nos anos de 1989 a 1992, admitido, sem a prévia realização de concurso público, as pessoas listadas à inicial.

Acolhido, pela sentença monocrática, o pleito quanto ao art. 11 da Lei 8.429/92, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento a recurso do particular, julgando o pedido improcedente; decisão mantida pelo Superior Tribunal de Justiça

16 *Probidade administrativa — Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21-22. O entendimento logrou ratificação em trabalho posterior (Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e suas inovações. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 287.).

17 *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88.

18 *Violação do dever de licitar e a improbidade administrativa*. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 95-96.

19 Apontamentos sobre a improbidade administrativa. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CASTRO E COSTA NETO, Nicolao Dino de; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 252-253.

20 Nessa linha, decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 170.768 — 2 — SP (1ª T., ac. un., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.08.99).

21 STJ, 1ª T., ac. un., rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27.09.99.

nos seguintes termos: "ADMINISTRATIVO — RESPONSABILIDADE DE PREFEITO — CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO — AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido".

Há, portanto, a necessidade de uma distinção, consistente em saber se o ato questionado tenha ou não ofendido a moralidade administrativa em sua forma qualificada. Havendo fundados indícios da primeira hipótese, cabível para a apuração da conduta o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, fundada na Lei 8.429/92. Diversamente, caso se esteja ante ato que cause lesão ao erário, com ou sem imoralidade administrativa, mas sem o traço da desonestidade, apropriado o manejo da ação popular ou da ação civil pública, para esta última legitimado o Ministério Público, nos termos do art. 129, III, da Lei Maior[22].

Outra advertência indispensável concerne à necessidade do juiz, ao examinar as imputações de improbidade que lhe são trazidas, ter em conta a análise do quadro sócio-político, a fim de se convencer da caracterização ou não de ato de improbidade.

De destacar a percepção do Superior Tribunal de Justiça em ação de improbidade, ajuizada pelo Ministério Público do Paraná para apurar violação ao art. 10, III, IX e XI, da Lei 8.429/92, em face do Presidente e do Coordenador da Câmara de Vereadores de Curitiba (PR) haverem gasto, nos exercícios de 1993 e 1994, o montante de R$ 18.000,00 em passagens de ônibus, distribuídas a pessoas carentes. Mantendo decisório do Tribunal de Justiça, que rechaçara a prática de ato de improbidade, deliberou o Alto Pretório: "ADMINISTRATIVO — ATO DE IMPROBIDADE — CONFIGURAÇÃO E TIPICIDADE: LEI 8.429/92 — SUCUMBÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Na tipificação do ato de improbidade administrativa, exige-se do julgador perfeita sintonia com a realidade sócio-econômica da realidade brasileira. 2. Em sociedade fortemente marcada pela exclusão social, a qual favorece o clientelismo político, não é imoral, a ponto de configurar-se ato de improbidade, a distribuição de passagens de ônibus a pessoas carentes. 3. Repercussão econômica sem desvios e devidamente aprovada pela Corte de Contas. 4. O Ministério Público não está sujeito a pagar as verbas sucumbenciais, senão quando age com má fé. 5. Recurso especial de mérito improvido e provido o recurso em favor do MINISTÉRIO PÚBLICO".[23]

22 O reconhecimento da legitimidade do *Parquet* para o ajuizamento de ação civil pública, com vistas à proteção do patrimônio público, constitui ponto pacífico no Superior Tribunal de Justiça (1ª T., mv, RESP 427.140 — RO, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 25.08.03; 1ª T., ac. un., RESP 226.863 — GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 04.09.00, p. 123; 2ª T., ac. un., RESP 149.096 — MG, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 30.10.00, p. 138; 2ª T., ac. un., RESP 151.811 — MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.01, p. 104). Registre-se o profícuo debate travado no primeiro dos arestos.

23 RESP 403.599 — PR, 2ª T., ac. un., rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.05.03, p. 274.

O legislador adotou classificação tripartite dos atos de improbidade. De logo, vieram à baila os atos que importam em enriquecimento ilícito. Adotou-se rol mais completo do que o do art. 2º da Lei 3.502/58[24].

A impossibilidade de, nestas curtas linhas, analisar cada um dos tipos, impele-nos a fazer algumas observações genéricas. Inicialmente, é de ter-se em mente, como resulta do art. 9º, *caput*, da Lei 8.429/92, que o ato de improbidade pressupõe a obtenção de vantagem adornada pelas características da patrimonialidade e do indébito.

O qualificativo patrimonial, a meu sentir, impõe que se cuide de vantagem de cunho econômico. A natureza sancionadora do instituto da improbidade administrativa faz com que deva render-se homenagem ao princípio da tipicidade. Sendo assim, não se pode vislumbrar como ato de improbidade, nos termos do art. 9º da Lei 8.429/92, aquele do qual resultou vantagem não econômica. A própria noção de enriquecimento ilícito conduz a este remate.

24 Diz o correspondente dispositivo da Lei 8.429/92: "Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I — receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV — utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII — adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII — aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX — perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI — incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII — usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei".

Não se faz imprescindível que tenha se verificado dano ao patrimônio público. O art. 21, I, da Lei 8.429/92, expressamente afasta essa exigência.

Indevida, por sua vez, é a vantagem que não encontra motivo hábil a justificá-la.

Questionamento interessante é o pertinente ao art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, ao tipificar a conduta de "adquirir, para si ou para outrem, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público".

Para José Jairo Gomes[25] há uma espécie de inversão do ônus da prova, já que uma vez demonstrada a aquisição do bem de valor desproporcional à evolução patrimonial do réu, a este cumprirá a comprovação da licitude da sua evolução patrimonial.

Diversamente, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto[26] propende pela impossibilidade de se cogitar da responsabilização por improbidade administrativa presumida com fundamento na inversão do ônus da prova da acusação, postura que entende colidir com o princípio da presunção de inocência.

Complementando seu entendimento, o autor adita que, embora inadmissível a presunção de improbidade, será suficiente que o promovente da ação comprove: a) a desproporcionalidade entre a evolução do patrimônio do demandado e a aquisição de bens de qualquer natureza; b) a inexistência de outra origem válida e regular que justifique a variação patrimonial impugnada.

Com o devido respeito, manifesto-me favorável ao segundo entendimento. A Lei 8.429/92, ao invés de outros diplomas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, não envolve apenas questões de reparação civil, mas a aplicação de várias penalidades. Forçoso, por isso, a sua vinculação ao postulado da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Lei Básica.

Outra categoria dos atos de improbidade é a que versa sobre os atos que causam prejuízo ao erário[27]. Em regra, configuram-se mediante condutas de que decorram

25 Apontamentos sobre a improbidade administrativa. *In*: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 268. Parece ser nesse sentido a opinião de George Sarmento (*Improbidade administrativa*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 78), ao frisar que o dispositivo legal estabelece um presunção *juris tantum*, cujo afastamento dependerá de prova do acusado.

26 Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais. *In*: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 351-352. Marcelo Figueiredo (*Probidade administrativa — Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21-22), após criticar a infelicidade da formulação legislativa, acentua que a regra não dispensa a necessidade de demonstração, pelo Estado, da ilicitude ou desproporção das aquisições dos bens ou rendas.

27 O rol de tais atos é o seguinte: "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, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I — facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II — permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formali-

perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e entidades mencionadas no art. 1º da Lei 8.429/92. A presença deste elemento do tipo serve para afastar, nessa modalidade, o disposto no art. 21, I, do mesmo diploma. A necessidade de desfalque patrimonial importa em que se tenha prejuízo efetivo aos cofres públicos.

A hipótese de dano moral, segundo penso, somente poderá ser cogitada quando dos atos enumerados no art. 11 da Lei 8.429/92[28]. Entender diversamente atentaria contra a exigência de tipicidade da conduta, haja vista o *caput* do art. 10 do referido diploma reportar-se unicamente a situações que refletem dano material.

Ponto controvertido deflui da circunstância do art. 10, *caput*, da Lei 8.429/92, reportar-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa. Uma primeira corrente, na qual se inserem Aristides Junqueira Alvarenga[29], Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo Rezende Porto Filho[30], Mauro Roberto Gomes de Matos[31] e Pedro da Silva

dades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III — doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV — permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V — permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI — realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII — conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII — frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; IX — ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X — agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI — liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII — permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII — permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades".

28 Alicerça a possibilidade de configuração de dano moral, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (2ª T, ac. un., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 244.072 — SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 17.05.02) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 227), sem que se deva passar despercebida a inovação do art. 52 do vigente Código Civil, ao estender às pessoas jurídicas, no que couber, a tutela dos direitos da personalidade.

29 Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 89.

30 Violação do dever de licitar e a improbidade administrativa. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96.

31 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário — Inconstitucionalidade da expressão culposa do art. 10 da Lei 8.429/92. *Fórum Administrativo — Direito Público*, nº 29, ano 3, p. 2.515-2.520, jul. 2003.

Dinamarco[32], defende que a improbidade administrativa pressupõe, para a sua caracterização, a vontade consciente do sujeito ativo em violar o sistema jurídico, sendo incompatível com a modalidade culposa.

Noutra linha de pensar estão José Jairo Gomes[33], Nicolao Dino de Castro e Costa Neto[34] e George Sarmento[35], concebendo a possibilidade do legislador gizar ato de improbidade a título de culpa, cabendo ao magistrado, ao instante da imposição das sanções, levar em conta o elemento subjetivo do agente.

Numa posição intermédia se situa Juarez de Freitas[36], para quem a improbidade pode ser punida a título de dolo ou de culpa grave.

Posicionando-me diante da quizila, não posso olvidar o conceito de improbidade, retratado por imoralidade administrativa qualificada, onde indissociável a presença de desonestidade. Por esta razão, é imprescindível a vontade deliberada de malferir a ordem jurídica, ou seja, o dolo. A culpa grave não bastaria.

Como conseqüência, mostra-se incompatível com a Constituição a expressão "culposa", inserta no art. 10, *caput*, da Lei 8.429/92.

Em terceiro lugar, o art. 11 da Lei 8.429/92[37] relaciona como de improbidade atos atentatórios aos princípios retores da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que colidam com os postulados balizadores da Administração Pública, cuja enunciação consta do art. 37, *caput*, da Lei Máxima.

Em face tanto do art. 37, *caput*, da Lei Maior, quanto do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, reportarem-se ao dever de observância da legalidade, faz preciso advertir que a mera inobservância de dispositivo legal não é capaz de configurar ato de improbidade. Não se pode equiparar, de modo puro e simples, o mero quebrantamento da legalidade com a figura em apreço.

32 Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. *In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 334.

33 *Apontamentos sobre a improbidade administrativa*. *In*: Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 268.

34 *Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais*. *In*: Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 353-355.

35 *Improbidade administrativa*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 92

36 *Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação*. Revista de Informação Legislativa, n. 129, ano 33, p. 59, jan./mar. 1996.

37 A enumeração de ditos atos é a seguinte: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I — praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; 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.

Indispensável que a violação da legalidade esteja acompanhada de deslealdade, ou desonestidade para com o aparato administrativo.

De advertir que a natureza punitiva da Lei 8.429/92 acarreta, como inelutável, a conclusão de que a definição de atos de improbidade, constante dos seus arts. 9º, 10 e 11, é taxativa, não podendo ser utilizada a analogia, ou a interpretação extensiva, para a caracterização de dita figura. O princípio da tipicidade, volto a enfatizar, assim o exige.

Posteriormente, a Lei 10.257, de 10.07.01, aditou outras hipóteses de improbidade em seu art. 52, II a VIII[38]. Interessante notar que os atos de improbidade em questão são suscetíveis de serem praticados pelo prefeito.

Gostaria de destacar que fora correto o veto presidencial ao inciso I daquela, que considerava de improbidade o fato do prefeito impedir ou deixar de garantir a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil, conforme o disposto no § 3º do art. 4º do referido diploma legal, relativo ao controle social da aplicação dos recursos públicos.

Assim foi justificado o desacordo do Presidente da República: "Sabe-se que o chamado "controle social dos atos de governo" tem a natureza muito mais política do que jurídica, sendo certo que o seu preciso significado e alcance sempre ensejam controvérsias, de modo a dificultar sobremaneira a sua real efetivação. Resulta, então, que fixar como ato de improbidade a conduta de não garantir o controle social dos gastos públicos, de forma a sancionar os Prefeitos com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e a indisponibilidade de bens em razão daquela conduta, significa incluir no ordenamento legal dispositivo de difícil interpretação e aplicação, em prejuízo da segurança jurídica".

O art. 52 da Lei 10.257/01 ainda se expõe a outras críticas. A previsão, como de improbidade, nos seus incisos VI e VII, da não revisão decenal do plano diretor e da não garantia da participação popular no processo de elaboração daquele, padece de impropriedade, uma vez a elaboração e revisão do plano diretor ser matéria integrante do processo legislativo, do qual o Prefeito não possui nem mesmo iniciativa privativa, porquanto tal prerrogativa não lhe é conferida pelos arts. 30 e 182, ambos da Constituição Federal.

38 São eles: "Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: I — (VETADO); II — deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei; III — utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei; IV — aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei; V — aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei; VI — impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei; VII — deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei; VIII — adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Doutro lado, o inciso VIII do art. 52 da Lei 10.257/01, ao tipificar a aquisição de imóvel objeto de direito de preempção quando o valor da proposta apresentada for, comprovadamente, superior ao de mercado, é de todo dispensável, haja vista que o art. 10, V, da Lei 8.429/92, sanciona a conduta de "permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado".

Uma questão provida de interesse, no que respeita à delimitação dos atos de improbidade, é a suscitada por Rogério José Bento Soares do Nascimento[39], ao deduzir que o art. 37, § 4º, da Lei Máxima, a despeito de referir-se a atos administrativos, abrange, por imperativo implícito, também os atos de produção normativa, inclusive os praticados pelos parlamentares no exercício do mandato. Parte do princípio de que o abuso do poder de legislar, tisnado sob o manto da imoralidade, justifica a aplicação da Lei 8.429/92 aos atos de Estado, quer administrativos, jurisdicionais ou legislativos.

Evoca o autor como exemplos a anistia de multas eleitorais resultante da promulgação da Lei 9.996, de 15.08.00, salientando a existência de ação civil pública, ajuizada em detrimento dos parlamentares do Estado de Goiás que, em causa própria, votaram a favor do correspondente projeto, bem como as medidas provisórias que restringiram a legitimidade para ajuizamento de ação coletiva, visando dificultar a vindicação de diferenças nos saldos das contas vinculadas do FGTS, editadas ao depois de derrota do governo perante o Supremo Tribunal Federal.

A despeito do brilhantismo com que esgrimido tal ponto de vista, penso que este colide com o princípio basilar do direito punitivo, em cujo universo se insere, de modo induvidoso, a Lei 8.429/92.

Trata-se da necessidade de expressa tipificação da falta cometida. O art. 37, §4º, ao gizar os contornos do instituto disciplinado pela Lei 8.429/92, aludiu, sem rebuços, à improbidade perpetrada no exercício da função administrativa, levada a cabo por agentes públicos de qualquer dos poderes estatais.

Descabe ao Ministério Público e, muito menos, ao julgador, com base em implícito desejo da ordem constitucional, ampliar a província da figura em exame aos atos jurisdicionais e legislativos típicos.

Será bastante perigoso, para não dizer desastroso, que uma figura jurídica que possua idoneidade para acarretar severas sanções possa ter o seu tipo definido ao mero talante de ilimitada retórica interpretativa.

Tenho, no momento, que a improbidade administrativa, de que fala o art. 37, §4º, da CF, haverá de limitar-se ao campo dos atos administrativos.

Os parlamentares submetem, temporariamente, a renovação de seu mandato ao julgamento popular. Doutro lado, esse entendimento, se aceito nos termos da redação atual do art. 37, §4º, da CF, poderia afetar, sensivelmente, a liberdade de conformação ínsita à missão legislativa. Caso a discricionariedade do legislador enverede pela via do excesso, a Constituinte reservou a tarefa de seu controle pela jurisdição constitucional.

39 Improbidade legislativa. *In*: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 409-427.

Ademais, é de observar-se que, no estádio embrionário, no qual se desenvolve tal ponto de vista, o ajuizamento de ação de improbidade em tais casos, intentada contra aqueles que exercitam a competência constitucional para intervir no processo legislativo, é capaz, em tese, de configurar litigância de má fé.

4. Destinatários da Lei 8.429/92.

De início, o art. 1º, *caput*, da Lei 8.429/92, atribui a sujeição às sanções derivadas da improbidade administrativa ao agente público, expressão que compreende toda aquele que está, mediante norma legal, autorizado a expressar a vontade estatal. Não se faz necessário que seja servidor. Há nesse conceito, como bem ensinou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[40], a figura de particulares na execução de função ou serviço público[41].

Faz-se preciso que aquele que integra o gênero agente público venha a praticar ato em detrimento da Administração Direta ou Indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de territórios e ainda de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação o erário haja concorrido, ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

E não é só. Há a possibilidade da prática de ato contra o patrimônio de entidade que seja contemplada com subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou manutenção concorra o erário, ou haja concorrido, com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre o montante da contribuição advinda aos cofres públicos.

Como consectário lógico, tem-se que o art. 2º da Lei 8.429/92 ampliou mais ainda a definição doutrinária de agente público, ao reputar com esta qualidade todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vín-

40 *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II, p. 360-369.

41 Bem mais restrita, a definição de servidor público dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 3.502/58, ao compreender somente as pessoas que exerçam cargos, funções, ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive mandatos eletivos, bem como os dirigentes e empregados de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais. Isso não impediu que o Superior Tribunal de Justiça, no desate do REsp 255.861 — SP (1ª T., ac. un., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 22.10.01), acolhesse a compreensão de que o conceito de servidor público, adotado no art. 1º, § 2º, da aludida Lei 3.502/58, alcançasse empregados da ELETROPAULO que não ostenta a condição de sociedade de economia mista, malgrado à época dos fatos fosse sociedade anônima cujo acionista majoritário era o Estado de São Paulo. Assentou-se que tal circunstância não afastava os empregados de dita empresa da veneração à moralidade administrativa.

culo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º, parágrafo único, do aludido diploma.

Sendo assim, um dirigente de uma sociedade mercantil, mesmo que não se dedique à execução de serviço público, poderá ser considerado agente público para os fins da Lei 8.429/92. Será suficiente apenas que referida empresa venha receber benefício, subvenção ou incentivo, fiscal ou creditício, do Poder Público, e o ato tido como de improbidade guarde liame com o auxílio advindo dos cofres públicos. Assim, um integrante de diretoria ou conselho de administração de uma sociedade anônima, ou dirigente de uma associação civil, poderá perpetrar ato sancionado por aquele diploma legal.

Elucidativa a conclusão a ser inferida do RESP 416.329 — RS[42], onde a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que hospitais particulares e médicos conveniados com o SUS, além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, podendo ser enquadrados como possíveis sujeitos ativos de atos de improbidade.

Penso apenas que o acórdão, conforme se dessume do voto do relator, não atentou para a restrição constante do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/92. Isso porque o particular, ou dirigente de entidade privada, somente perpetra ato de improbidade quando atentar contra o patrimônio de ente que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, ou de pessoa jurídica para cuja criação o erário tenha concorrido com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual. E, mesmo assim, a sanção de ordem patrimonial que lhe deva ser imposta haverá de limitar-se ao reflexo do ilícito sobre a contribuição advinda do Poder Público.

De advertir, no entanto, que, à semelhança com o direito penal, o art. 3º da Lei 8.429/92 alude à figura da participação, a qual sujeita às suas sanções, na medida da respectiva culpabilidade, o agente público ou particular que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Não descurou referido diploma de, nas situações de lesão ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito, sujeitar os sucessores do ímprobo às cominações legais até o limite da herança, perfilhando regra incorporada à tradição de nosso sistema jurídico, estando presente tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.587) quanto no atual (arts. 1.792 e 1.821).

Antes de ultimar este tópico, ressalte-se que os atos de improbidade, definidos no art. 52, I a VIII, da Lei 10.257/01, constituem infrações próprias, somente sendo suscetíveis de serem praticados pelo ocupante do cargo de Prefeito. Aos demais agentes públicos envolvidos, segundo declara o pórtico do art. 52, *caput*, do Estatuto da Cidade, são reservadas outras punições. Isso, a meu sentir, não significa excluir-se a possibilidade de participação de terceiros, agentes públicos ou não, decorrente da aplicação da norma geral do art. 3º da Lei 8.429/92.

42 Ac. un., rel. Min. Luiz Fux, DJU de 23.09.02.

Interessante, no particular, o comentário de Wallace Paiva Martins Júnior que, ao depois de afirmar a dilatação das situações de improbidade administrativa pelo art. 52 da Lei 10.257/01, conclui: "Atribui, também, a responsabilidade do Prefeito pelos atos enumerados, sem obstar a colaboração e participação ou o benefício de terceiros (agentes públicos ou particulares) nos termos da regra geral de responsabilidade por improbidade administrativa dos arts. 2º e 3º da Lei 8.429"[43].

5. Sanções

O Constituinte, no art. 37, § 4º, de sua obra, aludiu, como conseqüências da prática da improbidade administrativa, à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública e ao ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

O art. 12 da Lei 8.429/92 manteve ditos efeitos, traçando, no particular da suspensão dos direitos políticos, limites temporais mínimos e máximos conforme a categoria em que inserto o ato de improbidade[44].

O legislador, naquele dispositivo, foi além. Assim, para os atos de improbidade descritos no seu art. 9º, acrescentou a possibilidade de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, de pagamento de multa civil de até três vezes o acréscimo patrimonial e a vedação de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de dez anos.

As mesmas conseqüências foram mantidas para as hipóteses dos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92, manifestando-se apenas diferença de gradação da multa civil, que alcançará até duas vezes o valor do dano, ou até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, respectivamente. Quanto à proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público, fiscais ou creditícios, fixou o prazo de cinco e três anos, conforme se trate de ato de improbidade que cause dano ao erário, ou viole princípios da Administração.

Alguns questionamentos surgem quanto às sanções da Lei 8.429/92. O primeiro deles reside na incidência do princípio da proporcionalidade. A resposta é, indiscutivelmente, afirmativa. As leis punitivas, bem como as restritivas de direitos, são indissociáveis dos limites da adequação e necessidade. A Lei 8.429/92, no parágrafo único do seu art. 12, contém nota indicativa nesse sentido, ao estatuir que, na fixação das penas, o juiz levará em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial auferido pelo agente.

O postulado da proporcionalidade, conforme sistematiza Fábio Medina Osório[45], ora atua no sentido de excluir o ato ímprobo, ora com o fim ajustar a dosimetria da sanção a ser imposta.

43 *Estatuto da Cidade e Improbidade Administrativa*. Revista de Direito Imobiliário, nº 52, ano 25, p. 41, jan./jun. 2002.

44 Os limites variam da forma seguinte: a) de oito a dez anos, nas hipóteses do art. 9º; b) de cinco a oito anos, nas situações tipificadas no art. 10; c) de três a cinco anos, nos casos do art. 11.

Na primeira hipótese, têm-se situações em que é recusável a caracterização de ato de improbidade em face da insignificância da violação à ordem jurídica. Assim, se determinado servidor desvia, em proveito próprio, algumas folhas de papel timbrado da repartição, a fim de executar tarefa de interesse pessoal, tal comportamento, embora tipificado pela Lei 8.429/92, não justifica qualquer punição, em face do ínfimo valor da lesão sofrida pela Administração.

Não esquecer aqui também que a proporcionalidade possui influência para afastar o ilícito pela adequação da conduta ao contexto social. Há situações em que o servidor tem em sua guarda bem público, com vistas a realizar a sua missão; nada impedindo que, eventualmente, utilize-o em atividade de interesse particular. Por exemplo, um computador destinado ao serviço de determinada repartição, poderá, ocasionalmente, vir a ser utilizado pelo servidor para a realização de um serviço particular, sem que tal fato provoque grave atentado ao interesse público.

Além disso, agrega o autor que a proporcionalidade tem o condão de ajustar a dosimetria das penas a serem aplicadas, pelo que determinada postura, embora típica à luz da Lei 8.429/92, possa não justificar a imposição cumulativa e integral de todas as sanções legais.

Outro ponto a ser destacado é o da vedação de *bis in idem*. Sem embargo do pórtico do art. 12, *caput*, da Lei 8.429/92, mencionar que as penas que prevê são aplicáveis independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, o direito fundamental à individualização da pena, assegurado pelo art. 5º, XLVI, da Constituição, impede a dupla punição pelo mesmo fato.

Portanto, se imposta a obrigação de ressarcimento no âmbito civil ou administrativo, impensável que também haja a mesma conseqüência em ação de improbidade. Igualmente, decretada a demissão do servidor em procedimento disciplinar, não há mais que se falar em aplicação da perda da função pública.

É de se chamar atenção que a Lei 8.443, de 16.07.92, que disciplina a atividade do Tribunal de Contas da União, prevê a possibilidade de aplicação de multa nos seus arts. 57 e 58, I a III, as quais são cabíveis em situações que poderão coincidir com os tipos previstos na Lei 8.429/92. Indaga-se: havendo ao agente sido infligida, mediante decisão irrecorrível do Tribunal de Contas da União, multa com base nos dispositivos indicados, poderia sofrer, igualmente, a imposição de multa civil em ação de improbidade? Sou pela negativa.

Frisa, com propriedade, Enrique Linde Paniagua[46], que o *non bis in idem* configura um princípio geral do direito que supõe a proibição de duplicidade de sanções administrativa e penal nos casos em que se esteja diante de identidade do sujeito, fato e fundamento.

45 *Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.429/92*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 29, p. 265-272, 1999.

46 *El régimen disciplinario de la función pública. In*: El estauto de la función pública a debate. Madri: Colex, 2003, p. 193. Coord.: Enrique Linde Paniagua & Joaquín Pérez Vaquero.

Abstraindo-se o sujeito e o fato, tem-se que a multa, instituída pela Lei 8.433/92, em virtude de dano ao patrimônio público, não apresenta traço distintivo daquela decorrente de ato de improbidade. A única diferença — e que, nem de longe, não atinge a essência de ambas sanções — é que uma delas é aplicada pelo Tribunal de Contas da União e outra, pelo Judiciário.

Desse modo, permitir-se a possibilidade de aplicação da multa civil em ação de improbidade, mesmo já tendo o agente assim sido punido pelo Tribunal de Contas da União, nos termos dos dispositivos legais citados, é o mesmo que conceber que duas punições, dotadas de fundamento comum, sejam aplicadas a um só fato, o que é inaceitável.

Também chama atenção o parágrafo único do art. 137 da Lei 8.112/90, ao proclamar: "Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI". O mencionado art. 132, IV, por sua vez, giza a cominação de pena demissionária para o caso de cometimento de improbidade administrativa. Surge, pois, a seguinte dúvida: uma vez perdendo a função pública, o ímprobo não mais poderá retornar ao serviço público federal? Mais uma vez, penso que não.

O art. 5º, XLVII, *b*, da CF, proscreve a possibilidade de penas de caráter perpétuo. Tal garantia constitucional, ao contrário do que se pode supor ao primeiro súbito de olhos, não se circunscreve à província criminal.

Na atualidade, grassa, cada vez com mais consistência, o ponto de vista, construído a partir da consideração de que tanto as sanções penais quanto administrativas são manifestações do *jus puniendi* estatal, não havendo justificativa para tratamento diferenciado, salvo quando a extensão do princípio de direito penal frustar o objetivo da sanção administrativa.

Essa percepção resulta aclarada pela jurisprudência estrangeira[47] e também pela percepção de nossos tribunais. Vale, à guisa de paradigma, conferir o decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 154.134 — SP[48], oriundo de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do Conselho Monetário Nacional, o qual indeferiu a revisão de pena de inabilitação permanente para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras, formulada pelo impetrante.

Entendeu o Pretório Excelso de deferir o pedido, ao entendimento, sugerido pelo parecer ministerial, de que o art. 5º, XLVII, *b*, da Lei Magna, era aplicável ao âmbito administrativo por força da cláusula de direitos e garantias fundamentais implícitos do art. 5º, § 2º, do mesmo diploma. Já o voto do Min. Sepúlveda Pertence deixou claro que: "... a vedação constitucional de determinadas sanções — entre elas, a de caráter perpétuo — não pode restringir-se a sanções aplicadas jurisdicio-

47 É abundante, nessa direção, o Tribunal Constitucional (*Sentencias* de 19 de dezembro de 1991 e de 12 de maio de 1994) e o Tribunal Supremo (entre outras, as *Sentencias* de 26 de fevereiro de 1990, de 04 de julho de 1990, de 27 de fevereiro de 1991, de 08 de março de 1993, de 08 de fevereiro de 1994 e de 23 de abril de 1994) da Espanha.

48 Ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 171/293.

nalmente mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas, na medida que essas sejam admissíveis no regime constitucional"[49].

Dessume-se daí violar a Lei Fundamental o parágrafo único do art. 137 da Lei 8.112/90. Deveria o legislador haver perfilhado regra similar à do *caput* do referido dispositivo, ao prescrever que a perda da função pública incompatibilizaria o retorno do ex-servidor para investidura em cargo ou emprego público no interstício de cinco anos.

De assinalar que a pena de proibição temporária de contratar com o Poder Público, ou deste receber incentivo fiscal ou de crédito, não atinge somente o sujeito ativo da improbidade. Vai além deste, alcançando pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Uma imperfeição que, de logo, se lhe aponta é a de que restaram fora da abrangência da penalidade situações em que, mesmo sem ser sócio majoritário, o agente ímprobo possua considerável parcela do capital da empresa que demonstre interesse no recebimento de benefícios estatais. Poderia o legislador ter alargado o raio de ação da norma punitiva, especificando que esta teria aplicação nos casos onde o agente fosse sócio de pessoa jurídica com participação acima de determinado limite, como o percentual de cinco por cento.

De notar que a extensão dos efeitos de dita penalidade além do agente não afeta a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).

A transposição dos princípios de direito penal às sanções administrativas, conforme acima já se deixou entrever, não é automática, devendo ser recusada toda vez em que não encontrada a compatibilidade da garantia fundamental penal com o procedimento administrativo.

Limitar a sanção em comento à pessoa do agente equivaleria, na prática, a frustar os seus objetivos, uma vez aquela poder continuar a fruir dos benefícios oriundos do Poder Público sob o pálio protetor de pessoa jurídica.

Não olvidar que a aprovação das contas do agente não impedirá a aplicação, pelo Judiciário, das sanções da Lei 8.429/92, sendo expresso o art. 21, II, desta. É que as decisões dos tribunais de contas são suscetíveis de revisão judicial no aspecto inerente à consideração da conformidade dos atos administrativos com o sistema jurídico[50].

6. A apuração judicial dos atos de improbidade

Excluiu-se do presente exame os aspectos inerentes ao procedimento administrativo dos atos de improbidade, sob pena daquele importar no alongamento em demasia deste escrito.

49 RTJ 171/300.

50 Como lembra José Cretella Júnior (*Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 121), são insuscetíveis de verificação judicial apenas as decisões dos tribunais de contas no que tangem à regularidade intrínseca ou exatidão das contas apreciadas.

Concentrou-se o foco na ação de improbidade, com investigação descritiva acerca da legitimidade, rito procedimental, tutela cautelar e competência para o seu processo e julgamento, o que será feito nos tópicos abaixo.

6.1. Legitimidade e rito procedimental

Ao contrário da Lei 3.502/58 (art. 5º), a Lei 8.429/92 não confere legitimidade para ativar a jurisdição apenas à pessoa jurídica interessada, conferindo-a também ao Ministério Público[51]. Caso este não seja autor, intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei.

A legitimidade não olvida o princípio federativo. Atingido, com o ato de improbidade, interesse da Administração Pública Federal, caberá ao Ministério Público Federal o ingresso em juízo. Nos demais casos, a demanda deverá ser instaurada pelo Ministério Público dos Estados.

No pólo passivo, legitimado será o agente responsável pelo ato de improbidade. O § 3º do art. 17 da Lei 8.429/92, com a redação ofertada pela Lei 9.366/96, transpôs para a demanda em comento o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/65, permitindo que a pessoa política ou administrativa atue ao lado do réu, defendendo o ato impugnado. desde que tal postura se afigure útil ao interesse público. Trata-se de litisconsórcio facultativo, razão pela qual a não citação daquela não tem o condão de nulificar o processo[52]. Por outro lado, nada está a impedir que aquela, se assim entender, figure como assistente do Ministério Público.

A MP 2.180-34, de 24.08.01, em vigor por força da cláusula de perpetuidade, prevista no art. 2º da EC 32/01, trouxe algumas modificações à tramitação da ação de improbidade. Destaca-se, inicialmente, que a propositura da demanda, que prevenirá o juízo competente para todas as ações posteriores que venham possuir a mesma causa de pedir, ou o mesmo objeto, será instruída com documentos ou justificação contendo indícios suficientes da existência do ato de improbidade, ou com razões que justifiquem a impossibilidade de apresentação de tais elementos.

Despicienda a menção aos arts. 16 a 18 do CPC, relativos à litigância de má fé, uma vez que, independendo de previsão explícita, tal instituto seria aplicável, não sendo incompatível com a disciplina específica da Lei 8.429/92[53].

Previu-se também uma fase de recebimento da petição inicial. Estando esta em ordem, o magistrado determinará a notificação do réu para, no prazo de quinze dias, apresentar manifestação por escrito, instruída com os documentos que possuir, comportando-se aqui a aplicação, *mutatis mutandis*, de corrente jurisprudencial[54], pre-

51 O art. 129, III, da CF, já outorgava ao *Parquet* legitimidade para atuar em defesa do patrimônio público, o que lhe permitia já ingressar com ações para fins de ressarcimento ao erário.

52 Cf. STJ, 1ª T., ac. un., RESP 329.735 — RO, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 29.10.01, p. 187.

53 A representação por ato de improbidade contra quem o autor daquela o sabe inocente constitui delito, punível com detenção de seis a dez meses e multa, sem prejuízo do direito à indenização por danos materiais, morais ou à imagem, conforme prescreve o art. 21 da Lei 8.429/92.

54 STF, 1ª T., HC 75.600/MG, rel. Min. Sydney Sanches, v.u., DJU de 05.12.97; STJ, 6ª T., RHC 8.954 —SP, ac. un., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 19.02.2001, p. 237; STJ, 5ª T., RESP 131.280-MG, ac. un., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 28.09.98, p. 0090.

dominante na província criminal, de modo que, precedendo à demanda a instauração de inquérito civil, dispensada restará a aludida formalidade.

Logo após, o juiz, no prazo de trinta dias, decidirá pela rejeição da inicial, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, ou, caso contrário, receberá a peça vestibular, determinando a citação do réu para apresentar resposta.

Da decisão de recebimento da petição inicial caberá agravo de instrumento e daquela que a rejeitar, apelação.

Está igualmente facultado ao juiz, uma vez se convença da inadequação da ação de improbidade, extinguir, em qualquer instante processual, o feito sem julgamento de mérito.

O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 afastou, de forma peremptória, a possibilidade de transação, acordo ou conciliação, na ação de improbidade[55].

Oferecida contestação, segue-se a instrução até a sentença.

Caso o pedido venha a ser julgado procedente, serão impostas todas ou algumas das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Ainda que ajuizada a demanda pelo Ministério Público, a sentença, ao condenar o agente ao ressarcimento do dano, ou decretar a perda de bens adquiridos ilicitamente, determinará o pagamento ou a reversão patrimonial em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, a qual compete promover, nessa parte, a execução do julgado.

Não se convencendo da prática do ato de improbidade, o juiz julgará improcedente o pedido.

Ernane Fidélis dos Santos[56] propõe, na hipótese de improcedência do pedido por deficiência ou insuficiência de prova, a extensão do previsto nos arts. 18 da Lei 4.717/65 e 16 da Lei 7.347/85, relativos às ações popular e civil pública, embora observe que a insuficiência de prova não poderá justificar a reabertura da causa para se indagar se houve boa prova ou não, mas sim para certificar que não fora apresentado elemento concreto e essencial, sem o qual não se poderia dar solução sobre o mérito. A hipótese seria de falta de pressuposto processual (art. 284, CPC) e não de improcedência.

Com o devido respeito, penso que essa solução não é adequada à ação de improbidade, em vista das detrimentosas conseqüências que o julgamento desta poderá acarretar ao réu. Daí porque o emprego da integração analógica encontra limites. Isso sem o desconhecimento da circunstância de que a Lei 8.429/92, ao haver

55 Rita Tourinho (*O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento*. Fórum Administrativo — Direito Público, nº 30, ano 3, p. 2.644-2.648, ago. 2003) sustenta a possibilidade, em caso de improbidade administrativa, de ser firmado termo de ajustamento de conduta, que não se confunde com o instituto da transação. Aquele estaria restrito a medidas de natureza patrimonial e atos de improbidade de menor potencial ofensivo.

56 *Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa*. *In*: Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 117.

pretendido aplicar orientação válida à ação popular, laborara expressamente, como nos mostra o seu art. 17, § 3º.

Também não seria o caso de invocar-se o art. 284 do CPC. A ação de improbidade é bem diversa de uma demanda dotada de características simplistas, como aquela na qual um segurado da previdência social venha a ter seu pleito julgado improcedente, em face de aos autos não haver sido juntado o documento que comprovara os termos em que deferido o seu benefício. O caráter punitivo que sobressai da demanda em comento sugere, ao invés, o princípio, assente no processo penal, de que a tentativa de revisão da sentença já transitada em julgado não se dê contra o demandado.

Isso se justifica ainda porque, como já citado, o autor do feito há de instruir a peça vestibular com os documentos mencionados no art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92, ou com justificativa da impossibilidade de fazê-lo.

6.2. Tutela cautelar

O primeiro ponto a ser abordado se volta à indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º da Lei 8.429/92. Embora este dispositivo aluda à iniciativa ministerial, tenho que nada veda, antes recomenda, que tal venha a caber à pessoa jurídica interessada, a qual não está privada de proteger seu patrimônio, inclusive mediante medidas acautelatórias.

De observar que a medida tem seu cabimento restrito aos atos de improbidade que tenham causado lesão ao patrimônio público, ou ensejado enriquecimento ilícito. Destarte, não incide quando a ação de improbidade tiver por único fundamento a violação a princípios da atividade administrativa. Tampouco será aplicada para assegurar futura execução de multa civil, mas apenas para o fim de tornar eficaz determinação de perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente e o ressarcimento de dano ao erário.

Quanto ao objeto da medida, de esclarecer que, não se cuidando de preservar futuro dano ao erário, mas unicamente de sancionar enriquecimento ilícito do agente, a medida restringir-se-á aos bens adquiridos a partir dos atos ilícitos a serem apurados, não alcançando os anteriormente adquiridos[57].

57 Essa posição vem sendo sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça. Conferir precedente no ROMS 6.182 — DF (2ª T., mv, rel. desig. Min. Adhemar Maciel, DJU de 01.12.97), impetrado por réu a que se imputara ilícitos relacionados com a conhecida "Máfia do Orçamento". Na ocasião, digno de realce o voto-vista do Min. Ari Pargendler, ao enfatizar que, versando a demanda sobre enriquecimento ilícito, supostamente verificado em determinado intervalo de tempo, a constrição de bens adquiridos anteriormente implicaria em legar à cautelar objeto mais amplo do que o pedido deduzido na ação principal. O entendimento foi ratificado noutras ocasiões (2ª T., mv, ROMS 6.197 — DF, rel. desig. Min. Adhemar Maciel, DJU de 18.05.98, p. 58; 1ª T., ac. un., Agravo Regimental no RESP 433.357 — RS, rel. Min. José Delgado, DJU de 21.10.02; 1ª T., ac. un., RESP 196.932 — SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 10.05.99, p. 119). Emerson Garcia, em bem lançado comentário (Legalidade da medida de indisponibilidade dos bens adquiridos antes da vigência da Lei 8.429/92, visando à garantia do ressarcimento dos danos causados ao erário. *Revista dos*

A decretação da indisponibilidade, como esclarece a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 469.366 — PR[58], ao posicionar-se ante divergência doutrinária, pode ser suplicada na própria ação, inclusive em instante posterior ao seu ajuizamento, ou em lide cautelar autônoma.

A sua eficácia é apenas a de impedir a alienação do patrimônio do réu, não implicando na conclusão de que este não possa continuar na administração dos bens atingidos pela medida, com o encargo de prestação de contas à autoridade judicial, como se decidiu no ROMS 6.197 — DF.

O indispensável, em qualquer caso, é a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo na demora e, nas hipóteses em que seu deferimento se dê sem a ouvida da parte adversa, o requisito exigido pelo art. 804 do CPC, ou seja, o fundado receio de que, citado, o réu possa tornar ineficaz a medida. Há que restar evidenciada a plausibilidade da alegação de improbidade, do enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público, bem assim razoável indício de que, no curso da demanda, venha o réu a tentar desfazer-se de seus bens.

Mais à frente, no seu art. 16, a Lei 8.429/92, contempla a possibilidade de seqüestro dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente, ou causado dano ao patrimônio público.

Evadiu-se o legislador do conceito doutrinário do instituto, a incidir sobre bens objeto de disputa judicial.

Cuida-se de medida mais gravosa do que a indisponibilidade, porquanto, além da impossibilidade de negociação do bem, há o impedimento à sua fruição.

Ao seqüestro se aplica o exposto quanto à indisponibilidade. De ressaltar, porém, que seu objeto é mais amplo, englobando o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo agente no exterior, desde que assim o permitam as leis e os tratados internacionais.

Dois pontos não podem ser esquecidos. A uma, torna-se imperioso o ajuizamento da demanda principal no trintídio legal, cujo início recai na data da efetivação da medida cautelar de indisponibilidade ou de seqüestro.

É aqui de ser aplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao art. 806 do CPC, onde prevalece, embora com dissensão, que tal ocorre a partir

Tribunais, ano 92, v. 807, p. 166-173, jan. 2003), preconiza a possibilidade da indisponibilidade atingir bens adquiridos antes do fato ilícito, ora sob o argumento de que se não está ante figura penal, ora por o dever de ressarcir ser bem anterior à Lei 8.429/92, recuando pelo menos ao art. 159 do Código Civil de 1916. Discordo do autor. Demais da irretroatividade não servir de legítimo anteparo à incidência da lei penal a fatos passados, mas sim às disposições de ordem restritiva de modo geral, nas quais estão as de conteúdo punitivo, não se pode esquecer que o acórdão em comento, qual seja o RESP 196.932 — SP, versava não sobre ação por improbidade por dano ao erário, onde a pretensão de ressarcimento justificaria a indisponibilidade de bens adquiridos anteriormente, posição da qual não destoa o Superior Tribunal de Justiça, mas a ato que importara em enriquecimento ilícito do agente, de modo que a cautelar somente poderá atingir os bens que, indevidamente, representaram acréscimo ao patrimônio do agente e daí ser plausível a incidência da medida para o futuro.

58 Ac. un., rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 02.06.03.

da efetivação da medida[59] e não da ciência desta pelo autor. O descumprimento do art. 17, *caput*, parte final, da Lei 8.429/92, importará na ineficácia da medida e não na extinção, sem exame de mérito, da ação cautelar.

A outra advertência é o exame do perigo na demora reverso. Deve, portanto, atuar o magistrado com razoabilidade, excluindo da medida situações em que poderá haver risco de deterioração ou de perda do patrimônio do agente, que constitui a garantia da eficácia da decisão final. Igualmente, é de ser considerada a possibilidade da cautela comprometer a subsistência do agente.

Interessante o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça na Medida Cautelar 1.804 — SP[60], onde o voto-condutor da relatora, Min. Eliana Calmon, em ação visando à apuração de improbidade por dano ao erário, perpetrado por ex-prefeito municipal, determinou a liberação de bens móveis, estoques e valores mobiliários, mantendo o bloqueio dos bens imóveis, com vistas a não inviabilizar a atividade empresarial do réu[61].

Apesar da perda da função pública pressupor o trânsito em julgado da decisão, o parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92 permite que tanto a autoridade judicial quanto a administrativa determine o afastamento do agente do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da correspondente remuneração, desde que a medida seja necessária à instrução processual[62].

O afastamento, que ocorrerá na própria demanda, podendo inclusive ser determinado de ofício, destina-se a propiciar a livre colheita de provas. A motivação da fumaça de bom direito e do perigo na demora não se refere à prática do ato de improbidade, mas à possibilidade de serem eliminados elementos de convicção, ou dificultada a sua produção[63].

Por essa razão, havendo precedido à ação inquérito civil, no qual tenham sido coligidos vários elementos em desfavor do agente, descaberá a medida.

59 Cf. 2ª Seção, ERESP 74.716 — PB, mv, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 12.06.00, p. 74.

60 2ª T., mv, DJU de 10.06.02.

61 Destaque também merece o RESP 226.863 — GO (2ª T., ac. un., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 04.09.00, p. 123), onde ressaltado que a indisponibilidade de bens, decretada com vistas a assegurar o ressarcimento de dano causado ao erário, haverá de guardar medida com o necessário à garantia da indenização, tornando indiscutível a observância do cânon da proporcionalidade. Semelhantes percepções são encontradiças nos: a) AI 37.425 — CE (1ª T., ac. un., rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho (convocado), DJU — II de 13.05.03, p. 419), ao ser mantido indeferimento de pleito de indisponibilidade, em face de não haver sido demonstrada a insolvabilidade dos agravados; AI 20.644 — PB (1ª T., ac. un., rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho (convocado), DJU — II de 24.04.03, p. 418), no qual se invalidou decisão que determinara seqüestro, incidente sobre imóvel transmitido, em ação de alimentos, aos filhos do réu, cujos rendimentos estavam vinculados ao cumprimento da prestação alimentar.

62 Há previsões semelhantes nas Leis 8.112/90 (art. 147) e 8.443/92 (art. 44).

63 Esse requisito indispensável à adoção da medida fora bem enfatizado pelo Superior Tribunal de Justiça na Medida Cautelar 3.181 — GO (1ª T., ac. un., rel. Min. José Delgado, DJU de 12.03.01), inclusive em sede de embargos declaratórios (DJU de 18.06.01).

Tem gerado fortes controvérsias a possibilidade de aplicação de medida a titulares de mandato eletivo. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo[64] se posicionam frontalmente contrários à afirmativa, salientando, dentre outros motivos, que a peculiar investidura de tais agentes públicos, emanada da soberania popular, é incompatível com o afastamento prévio, porquanto estaria sendo criada hipótese de suspensão de direitos políticos sem trânsito em julgado, bem como não haver previsão expressa na lei com relação ao titular de mandato.

Adilson de Abreu Dallari[65] secunda esse ponto de vista, chamando a atenção para o fato de restrições de direito não comportarem interpretações ampliativas, de modo que, havendo o parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92, omitido a referência a mandato eletivo, os titulares deste não poderão constituir alvo da providência. Em reforço, o autor evoca o princípio democrático, a impor respeito ao mandato popular, cuja subtração se subordina à expressa previsão constitucional.

Malgrado admita a incidência do art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, aos titulares de mandato eletivo, José Augusto Delgado[66] pondera que tal dispositivo deverá ser manejado de forma cautelosa, tendo em vista a circunstância de que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos requerer sentença condenatória transitada em julgado.

Na mesma linha, Edvaldo Brito[67], ao depois de asseverar que o afastamento é de caráter sancionatório, além de configurar exceção à regra geral do art. 20, *caput*, da Lei 8.429/92, o que impõe observância a critérios hermenêuticos restritos, afirma que tal providência será excepcionalíssima nos casos de mandato eletivo, uma vez o art. 216 do Código Eleitoral mencionar a plenitude do exercício do mandato enquanto não transitar em julgado sentença condenatória.

Entende o autor que ao afastamento deverá preceder a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica interessada, na forma da Lei 8.437/92. Com isso, estará preservado o ente político de sofrer grave lesão à ordem e à economia pública.

Manifesto-me pela possibilidade de o afastamento atingir titular de mandato eletivo. O art. 20, *caput*, da Lei 8.429/92, não se reportou, expressamente, a mandato eletivo, o que não impede, de forma alguma, que se possa entender aquele abrangido pela expressão "função". O mandato eletivo envolve — não se duvida —, o exercício de função pública.

64 *Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa. In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81-85.

65 *Limitações à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40-41.

66 *Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233.

67 *Questões sobre o afastamento de titular de mandato eletivo na fase de instrução da ação de responsabilidade por ato de improbidade. In*: Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101-105.

Há, como bem evidenciam os dois últimos autores, que não se perder de vista o caráter excepcional da medida, a exigir redobrada cautela na sua determinação aos exercentes de mandato eletivo.

Além da necessidade de ouvida da pessoa política interessada, o afastamento há de ser por prazo certo, no qual deverá achar-se concluída a instrução processual. À míngua de sua fixação na Lei 8.429/92, há que se buscar na analogia prazo razoável, podendo ser aplicado o previsto no art.147, e parágrafo único, da Lei 8.112/90.

A excepcionalidade da medida fora ressaltada pelo Superior Tribunal de Justiça na Medida Cautelar 2.299 — SP[68], envolvendo litígio onde estava sendo apurada falsidade, supostamente perpetrada por funcionária da Justiça Eleitoral, onde restara beneficiado prefeito municipal. Consta de passagem da ementa: "13 — A cassação de investidura popular é medida radical, só suscetível de ser aplicada com lastro em sentença definitiva acobertada pelo trânsito em julgado ou, em condições excepcionais, quando assim o exigir o interesse público, particularmente o da administração da justiça".

Em todo caso, haverá de ser assegurado ao acusado o direito ao contraditório, o qual poderá ter lugar no instante do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92.

6.3. Competência

Antes de ser abordado o tema, não se pode perder de vista a natureza da ação de improbidade. Penso que se cuida de demanda visando à aplicação, em desfavor do réu, de medidas punitivas[69]. O seu colorido sancionador é algo inescondível. Basta notar que das seis conseqüências mencionadas no art. 12 da Lei 8.429/92 somente o ressarcimento é que não possui caráter de pena, mas de reparação pecuniária de caráter civil.

A Lei 8.429/92 tem por objetivo, com exceção do ressarcimento, a aplicação de penas de cunho administrativo pelo Judiciário. O que, sem dúvida, não ocorre, é a imposição de penas criminais, matéria a ser discutida em processo próprio, distinto daquele mencionado no referido diploma.

Essa circunstância tem sugerido a discussão relativa à possibilidade de cogitar-se de foro por prerrogativa de função na improbidade administrativa.

Fábio Konder Comparato[70] repele o entendimento afirmativo, expondo que, nas ações de improbidade, é inquestionável a competência do juízo de primeiro grau,

68 2ª T., ac. un., rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 01.08.00.

69 Conferir em José Augusto Delgado (*Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In*: BUENO, Cássio Scarpinela; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 213-223.) excelente sistematização das diversas correntes que buscam elucidar a natureza da ação prevista na Lei 8.429/92.

70 Competência do juízo de 1º grau. *In*: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119-129. Posição oposta é encontradiça em Sebastião Botto de Barros Tojal e Flávio Crocce Caetano (*Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In*:

não sendo nem mesmo lícito ao legislador instituir foro privilegiado. A opinião do mestre se acha apoiada nos fundamentos seguintes: a) a instituição de foro privilegiado é matéria submetida à reserva constitucional, não existindo dispositivo expresso a esse respeito quanto à ação de improbidade, a qual não se confunde com ação penal; b) o princípio da igualdade é violado pela criação de foro privilegiado, de maneira que o fato do Constituinte de 1988, ao contrário daquele de 1969, não proscrever, às expressas, a possibilidade do estabelecimento de foro privilegiado, não autoriza a sua criação mediante lei; c) as disposições constitucionais que instituem foro por prerrogativa de função, em virtude de seu caráter excepcional, são interpretadas de maneira restrita.

O debate prosseguiu na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 591 — SP[71], relativa à ação de improbidade movida contra juízes de Tribunal Regional do Trabalho, afirmou que, estando-se diante de ação civil e não criminal, não teria aplicação o art. 105, I, *a*, da CF, muito embora, na ocasião, restara consignado no voto do relator que, no futuro, impunha-se uma revisão das competências jurisdicionais.

Mais à frente, tem-se a Reclamação 2.138[72], em cujo julgamento, iniciado em 20.11.02, ensaiou-se uma reviravolta no Supremo Tribunal Federal. Votando, na qualidade de relator, o Min. Nelson Jobim procedeu à distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição, quais sejam os referidos pelos arts. 37, § 4º, e 102, I, *c*, ambos do diploma magno, assentando que os agentes políticos neste último dispositivo mencionado, por estarem regidos por normas especiais, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação a ser, *in casu*, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. A conclusão do voto fora pela procedência da reclamação, reconhecendo a competência do Pretório Excelso, com a extinção do processo em curso perante a 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo o relator acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Ao depois, o julgamento foi adiado, em função de pedido de vista do Min. Carlos Velloso.

Aproximadamente um mês após, vem a lume a Lei 10.628, de 24.12.02, que, inserindo dois novos parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal, dispôs que: a) a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria quanto a inquérito ou ação criminal ajuizada quando já cessado o mandato; b) a ação de improbidade, prevista na Lei 8.429/92, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de foro por prerrogativa de função.

Referido diploma constitui objeto da ADIN 2.797 — 2, na qual foi denegada liminar por decisão monocrática da lavra do Min. Sepúlveda Pertence.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 350-363).

71 Corte Especial, mv, rel. Min. Nilson Naves, DJU de 15.05.00.

72 Informativo STF 291.

Sem embargo da relevância dos argumentos contrários à compatibilidade vertical de tal inovação, penso que, diante da presunção de constitucionalidade que acompanha as normas emanadas do processo legislativo regular, é temerário a sua não aplicação pelos magistrados singulares, até porque decisões neste sentido poderiam beneficiar os réus diante da nulidade absoluta que poderia ser reconhecida a eventual sentença condenatória, inclusive em grau de ação rescisória, podendo até ocasionar prescrição da possível renovação da demanda[73].

Faz-se urgente pronunciamento conclusivo do Pretório Excelso sobre tão relevante assunto, a fim de, brevemente, ser afastado qualquer risco de insegurança jurídica, o que poderá ocorrer com a retomada do julgamento da Reclamação 2.138, ou com o processamento da ADIN 2.797 — 2. O tema não poderá ter a mesma solução legada à argüição de inconstitucionalidade do bloqueio dos cruzados novos.

7. Prescrição

A prescrição, para o ajuizamento de ações destinadas à aplicação das sanções mencionadas no art. 12 da Lei 8.429/92, rege-se conforme o vínculo do agente para com a Administração Pública.

Se o liame do agente decorrer de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança, o direito de ação prescreve em cinco anos ao depois do respectivo exercício.

Se titular de cargo efetivo ou emprego, a prescrição se consumará nos termos do prazo previsto para a apuração das faltas disciplinares puníveis com demissão, o qual, na Lei 8.112/90 (art. 142, I), é de cinco anos.

73 Enquanto não decidida a questão acerca da inconstitucionalidade *in thesi* do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a inovação da Lei 10.628/02, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Reclamação 2.381 — MG (Pleno, mv, rel. Min. Carlos Britto, julg. em 06.11.03, Informativo — STF 328) manifestou entendimento, que homenageia a presunção de constitucionalidade das leis, afirmando deverem ser-lhe remetidos os autos de procedimento investigatório instaurado contra atual Senador, então Governador à época dos fatos, o qual concluíra pela necessidade de propositura de ação de improbidade. Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no Agravo Regimental na Petição 1.881 — PR (Corte Especial, ac. un., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 25.08.03), malgrado assentar não lhe competir a instauração de procedimento informativo ou administrativo por improbidade, cabendo ao interessado representar à autoridade administrativa competente ou ao Ministério Público, frisou, com muita propriedade, sua competência para a respectiva ação judicial, caso ajuizada contra Governador de Estado, em virtude da superveniente edição da Lei 10.628/02. A ementa do julgado bem assim o pronunciamento do relator são bastante elucidativos a respeito do referido discrímen. Por sua vez, pequena irregularidade técnica, constatável com a leitura da ementa do Agravo Regimental na Petição 1.883 — PR (Corte Especial, ac. un., rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 22.09.03), julgado dois dias após, em 18.06.03, parece supor radical mudança hermenêutica, ilação sanada com o teor do voto, no qual se vê inalterado o entendimento de que, ao depois da Lei 10.628/02, compete à Augusta Corte o julgamento de ação judicial de improbidade administrativa promovida contra Governador de Estado.

Aos agentes que exerçam cargos de direção em entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, a que se refere o parágrafo único do art. 1º, da Lei 8.429/92, mais consentânea a aplicação da regra do art. 23, I, do mesmo diploma, em face da amplitude conceitual da expressão mandato, a não abranger apenas atividades públicas, mas a gestão de entes particulares, como é, por exemplo, o caso da investidura em diretoria ou conselho de administração de sociedade anônima.

Esse foi o tratamento versado pelo art. 23, I e II, da Lei 8.429/92.

Aplica-se na primeira hipótese o regime das causas de suspensão e interrupção do curso do prazo prescricional, previstas nos arts. 197 a 204 do Código Civil. Nos casos do inciso II, tal aplicação somente será possível caso a lei específica, destinada à apuração das faltas disciplinares do servidor, não contenha dispositivo diverso, como é o caso do art. 142, §§ 3º e 4º da Lei 8.112/90[74].

No que respeita à pretensão de ressarcimento, prepondera a regra constitucional de sua imprescritibilidade, afirmada pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

8. Algumas conclusões

Tecidos os comentários acima, resta-nos o sumário dos remates seguintes:

a) o sentido liame entre direito e moral, realçado em recentes estudos, revela-se com vigor no direito administrativo, tendo como uma de suas conseqüências o dever de lealdade institucional, através do qual o agente público deverá utilizar-se de sua função com vistas à realização do interesse coletivo, atendendo, para tanto, ao complexo deontológico que rege a administração da coisa pública;

b) o direito brasileiro, desde a Lei Maior de 1824, vem externando forte preocupação com o respeito, pelos agentes públicos, ao dever de lealdade perante a Administração, da qual resultou a previsão, na Constituição atual (art. 14, § 9º), da figura improbidade administrativa, regulamentada pela Lei 8.429/92, apta a ensejar ao mau administrador, entre outras conseqüências, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário;

c) a distinção, constante do texto magno, entre improbidade e moralidade administrativa serve para denotar que a primeira se insere no campo demarcado a esta, configurando-se como maltrato à moral administrativa adornada pelo qualificativo da desonestidade, o que, demais de demandar do magistrado, no exame de sua ocorrência, um conhecimento do panorama sócio-político reinante, afasta a possibilidade de se cogitar de ação manifestada com culpa em sentido estrito;

74 Não se omita que o Supremo Tribunal Federal (Pleno, ac. un., MS 23.299 — SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.04.02, p. 55), visando impedir que o servidor permaneça indefinidamente sujeito à competência disciplinar da Administração, vem interpretando o disposto nos §§3º e 4º da Lei 8.112/90 de modo a que, uma vez interrompida prescrição pela instauração de sindicância ou processo disciplinar, ultrapassado o prazo de 140 dias, compreendendo o somatórios dos prazos dos seus arts. 152, *caput*, e 167, volta o prazo prescricional a ter o seu curso reiniciado.

d) ao traçar o âmbito subjetivo de sua aplicação, a Lei 8.429/92 recorre à expressão ampla "agente público", tradutora de significado compreensivo de todo aquele que, em virtude de norma legal, está habilitado a manifestar a vontade estatal, sem esquecer que, de acordo com o seu art. 2º, tal definição é mais ainda alargada para apanhar aquele que exerça função em entidade, não necessariamente prestadora de serviço público, que receba subvenção, benefício ou incentivo, creditício ou fiscal, do Poder Público;

e) ao regulamentar o art. 37, § 4º, da Lei Máxima, a Lei 8.429/92, no seu art. 12, previu vários espécimes punitivos a serem aplicados diante da caracterização de atos de improbidade, seara na qual não deverá passar despercebido pelo magistrado o princípio da proporcionalidade, quer para excluir a presença do ato violador da ordem moral administrativa, quer para regular a dosagem da sanção aos fatos cometidos, sem prejuízo ainda da incidência de outros limites constitucionais ao *jus puniendi* criminal, tais como a vedação do *bis in idem* e das penas de cunho perpétuo;

f) consoante a Lei 8.429/92, a legitimidade para ajuizar demanda por ato de improbidade administrativa toca ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada, estando no seu texto prevista fase destinada ao recebimento da peça vestibular e a possibilidade de imposição de providências de ordem cautelar;

g) a indisponibilidade de bens, cabível quando se cogitar de ato que cause enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público, poderá ser solicitada na própria ação, ou em demanda cautelar, estando, na primeira hipótese, restrita aos bens adquiridos posteriormente aos fatos em apuração, exigindo, para a sua decretação, os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora, sem prejuízo do reclamado pelo art. 804 do CPC;

h) o seqüestro, que implica ainda óbice à fruição dos bens que atinge, observará a disciplina da indisponibilidade, devendo-se atentar que, em ambos os casos, o juiz deverá atuar atento aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade;

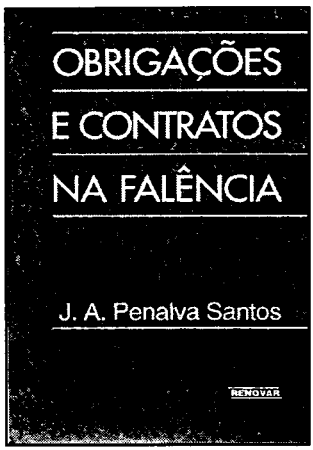
i) o afastamento prévio do agente, previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, o qual pode sobrevir de ofício, vocaciona-se a assegurar a satisfatória colheita de provas, ameaçada pela séria possibilidade daquele em eliminar, ou obstar, a produção de elementos de convicção acerca dos fatos a serem apurados, circunstância a ser demonstrada pelo julgador no ato que o deferir, sem esquecer-se que a incidência da medida aos titulares de mandato eletivo se antolha excepcionalíssima, exigindo, para tanto, cautelas redobradas pelo intérprete;

j) não obstante a indiscutível relevância da argumentação de que a instituição de foro privilegiado se submete à reserva da Constituição, e que a sua disposição mediante lei ordinária afrontaria o postulado que impõe tratamento igualitário (art. 5º, I, CF), não se pode, por outro lado, inteiramente desconsiderar a presunção de constitucionalidade das leis, de modo a reclamar-se, com urgência, a manifestação do Pretório Excelso sobre o assunto, pena de eventual silêncio representar forte ferimento à segurança jurídica;

k) a ação de improbidade prescreve nos intervalos temporais mencionados pelo art. 23 da Lei 8.429/92, distinguindo-se sua contagem conforme se trate de agente que exerça cargo efetivo ou emprego público, sem esquecer que, no tocante à pretensão de ressarcimento, prevalece a imprescritibilidade, *ex vi* do art. 37, § 5º, da Lei Básica.

Obrigações e Contratos na Falência

J. A. Penalva Santos



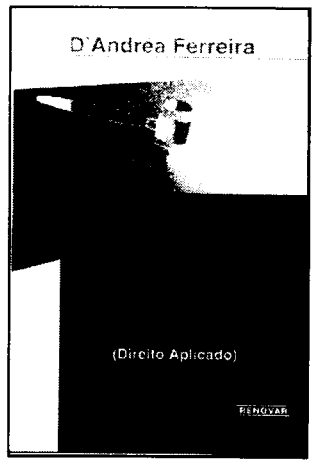
Na presente obra, o autor reuniu estudos a respeito de obrigações e contratos na falência, a principiar pelos contratos bilaterais e sua eficácia em relação à quebra do credor ou do devedor. Abordou-se o assunto referente aos contratos unilaterais, à cláusula penal nos contratos sob variados aspectos, inclusive na Lei do Consumidor.

Ref. 0016 **Brochura** **156 págs.**
Form. 14x21 **1997**

O Controle da Administração Pública pelo Judiciário

(Direito Aplicado)

D'Andréa Ferreira



Este livro é constituído de decisões judiciais e ensaios doutrinários sobre a aplicação do Direito, pela Justiça, no exercício de sua função de controle da atividade dos agentes públicos. É o resultado da atuação, como Magistrado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e como cientista jurídico, do autor dos acórdãos, votos, decisões e trabalhos que se contêm na obra, que oferece a todos que lidam com o Direito uma visão, ao mesmo tempo vasta e aprofundada, da jurisprudência e da doutrina dos mais variados ramos, a saber.

Ref. 0160 **Brochura** **477 págs.**
Form. 14x21 **1998**