

**MANUAL PRÁTICO: A INVESTIGAÇÃO E AS
AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA ORDEM JURÍDICA**

Manual prático: a investigação e as ações civis públicas de improbidade administrativa e de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica. / Anizio Pires Gavião Filho (coord.), André Felipe de Camargo Alves, Cesar Luis de Araújo Faccioli, José Francisco Seabra Mendes Júnior, Tiago de Menezes Conceição. - Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2006.

126p.

1. Improbidade Administrativa. 2. Corrupção – Funcionários Públicos. I. Gavião Filho, Anizio Pires. II. Rio Grande do Sul. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional Cível e Defesa do Patrimônio Público. VII. Título.

CDU 343.351

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da Procuradoria-Geral de Justiça.

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO (Coord.)
ANDRÉ FELIPE DE CAMARGO ALVES
CESAR LUIS DE ARAÚJO FACCIOLI
JOSÉ FRANCISCO SEABRA MENDES JÚNIOR
TIAGO DE MENEZES CONCEIÇÃO

MANUAL PRÁTICO: A INVESTIGAÇÃO E AS
AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA ORDEM JURÍDICA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS
INSTITUCIONAIS
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CÍVEL E DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO

2006

Agradecimentos

A construção deste Manual Prático encontra justificção racionalmente rastreável na modelagem da atuação prática dos Promotores e Procuradores de Justiça do Rio Grande do Sul. Há muitos anos, especialmente a partir do advento da denominada Lei da Improbidade Administrativa, os membros do Ministério Público, inspirados pelos mais elevados valores éticos, travam incansável batalha em favor da probidade administrativa e da efetiva concretização dos princípios informadores da Administração Pública.

A experiência recolhida ao longo desses anos permitiu a um grupo de Promotores e Procuradores de Justiça formular algumas linhas diretivas quanto aos caminhos e alternativas que podem ser trilhadas em favor da defesa da probidade administrativa e da ordem jurídica. A proposta deste Manual Prático é compartilhar com os membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul algumas reflexões a respeito das particularidades da atividade investigatória e das ações de improbidade administrativa e de defesa da patrimônio público e da ordem jurídica.

Neste momento, quando a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul viabiliza esta publicação, desejo manifestar o meu profundo agradecimento aos colegas que inspiraram e contribuíram para a produção deste Manual Prático.

Em primeiro lugar, destaco a inestimável colaboração dos Promotores de Justiça André Felipe de Camargo Alves, Luis Cesar de Araújo Facciolli, José Francisco Seabra Mendes Júnior e Tiago de Menezes Conceição, que, a partir das inquietações e das reflexões provocadas pela atuação prática, delimitaram as questões centrais deste Manual Prático, fornecendo-me as traves mínimas para uma análise também dogmática das temáticas propostas.

Igualmente, quero registrar meu agradecimento aos Procuradores de Justiça Carlos Dias Almeida e Gilmar Possa Maroneze e aos Promotores de Justiça Alexandre Porto França, Ana Lúcia Cardozo da Silva, Luís Alberto Bortolacci Geyer, Marcelo Lemos Dornelles, Marília Cohen Goldman, Pedro Jardel da Silva Coppeti e Paulo Leandro da Rosa Silva – integrantes da Procuradoria de Prefeitos – e aos

Promotores de Justiça Edes Ferreira dos Santos Cunha, Eduardo Alberto Tedesco, Eduardo Bernstein Iriart, Karin Sohne Genz e Luciana Maria Ribeiro Alice – integrantes da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Porto Alegre. Do mesmo modo, quero agradecer as contribuições dos Promotores de Justiça Cláudio Ari Mello, Gilson Borguedulff Medeiros e Cristiano Ledur.

Nesse mesmo sentido, registro o meu agradecimento ao Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais Mauro Henrique Renner e ao Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos Cláudio Barros Silva, pelo apoio incondicional à realização e à publicação deste Manual Prático.

Colho esta oportunidade, também, para externar o meu mais sincero agradecimento a Marcelino Rodrigues da Silva Neto, Assessor Jurídico do Centro de Apoio Operacional Cível e de Defesa do Patrimônio Público, pelas importantes sugestões e reflexões formuladas ao longo da elaboração deste Manual Prático – especialmente quanto ao catálogo dos casos aqui estudados, fruto de seu permanente contato com as principais inquietações práticas dos órgãos de execução do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Igualmente, registro meu agradecimento à Assessora Jurídica Maria Aline Cazali Oliveira e ao Assistente de Promotoria Leonardo Locateli Rosa, que colaboraram com a revisão do texto.

Porto Alegre, maio de 2006.

*Anizio Pires Gavião Filho,
Coordenador.*

Prefácio

O Ministério Público do Rio Grande do Sul tem a satisfação de entregar a seus membros a publicação *Manual Prático: a investigação e as ações civis públicas de improbidade administrativa e de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica*, resultado do trabalho associado do Centro de Apoio Operacional Cível e de Defesa do Patrimônio Público, da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Porto Alegre e da Procuradoria de Prefeitos, de autoria de Anizio Pires Gavião Filho (Coord.), André Felipe de Camargo Alves, Luis Cesar de Araújo Faccioli, José Francisco Seabra Mendes Júnior e Tiago de Menezes Conceição. É digno de registro o fato de que a realização deste Manual Prático teve a contribuição de Promotores e Procuradores de Justiça estreitamente vinculados às questões da defesa da probidade administrativa e da ordem jurídica.

O texto cuida, inicialmente, de abordar aspectos práticos relativos à atividade de investigação do Ministério Público. Depois, avança para o exame de alguns aspectos dogmáticos da Lei de Improbidade Administrativa e, em seguida, trata dos elementos da petição inicial da ação de improbidade administrativa. Por fim, dedica-se a confrontar com a Lei da Improbidade Administrativa os casos práticos que mais freqüentemente são submetidos ao exame dos membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Essa estrutura analítica é reveladora de que se trata de um trabalho destinado à atividade de execução dos órgãos do Ministério Público, fornecendo-lhes melhores instrumentos para a atuação em defesa da probidade administrativa, do patrimônio público e da ordem jurídica.

Além disso, destaca-se a importância deste Manual Prático como mecanismo destinado a apresentar as primeiras linhas para a formação de uma política institucional de atuação do Ministério Público do Rio Grande do Sul a respeito da matéria tratada.

Nesse contexto, a obra cumpre importante papel para contribuir na uniformização da atuação de Procuradores e Promotores de Justiça, direcionando o papel que o Ministério Público pode desempenhar em relevante matéria.

Por oportuno, é importante contextualizar que a Administração sempre apoiou o aprofundamento dos debates em torno da uniformização da atuação, tendo constituído uma Procuradoria para atuação específica na matéria, demonstrando a importância do tema para a Instituição.

Essas são as razões pelas quais, o Procurador-Geral de Justiça, resgatando o compromisso de sempre construir um Ministério Público mais qualificado e eficiente no cumprimento de suas funções institucionais, faz chegar a todos os Promotores e Procuradores de Justiça do Rio Grande do Sul esta publicação.

Porto Alegre, maio de 2006.

*Roberto Bandeira Pereira,
Procurador-Geral de Justiça.*

SUMÁRIO

Introdução	11
1. A investigação.....	14
1.1 O inquérito civil e as peças de informação	14
1.2 Os requisitos formais de instauração	16
1.3 Os relatórios dos processos de prestação de contas do Tribunal de Contas do Estado.....	20
1.4 A instrução	22
1.4.1 A notificação e a tomada de declarações	22
1.4.2 As requisições de perícias, de documentos e de informações.....	24
1.4.3 O pedido judicial de quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal	26
1.5 A publicidade no inquérito civil.....	28
1.6 A questão do contraditório no inquérito civil	30
1.7 O problema do arquivamento implícito	31
1.8 O compromisso de ajustamento de conduta.....	33
1.9 A recomendação.....	37
2. A improbidade administrativa.....	39
2.1 Os sujeitos	39
2.2 A tipologia da improbidade administrativa.....	42
2.3 O elemento subjetivo.....	44
2.4 As sanções	49
2.4.1 O ressarcimento do dano	51
2.4.2 A perda dos bens havidos ilicitamente.....	51
2.4.3 A perda da função pública.....	52
2.4.4 A suspensão dos direitos políticos	52
2.4.5 A multa.....	53
2.4.6 A proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos.....	54
2.4.7 A questão da aplicação cumulativa de todas as sanções	54
2.5 A questão da prescrição da pretensão sancionadora	55
3. A ação de improbidade administrativa e a ação civil pública de defesa do patrimônio público	60
3.1 A competência.....	62
3.2 A petição inicial	66
3.2.1 O nome	66
3.2.2 Os requisitos.....	68
3.2.3 A questão dos indícios suficientes	70
3.2.4 Critérios gerais para a estrutura da petição inicial	71
3.2.4.1 A imputação ou exposição geral do fato	72
3.2.4.2 A descrição do fato	72
3.2.4.3 As provas.....	75
3.2.4.4 O Direito e a adequação do fato às hipóteses normativas	76
3.2.4.5 O elemento subjetivo	79
3.2.4.6 A responsabilidade e o nexo de causalidade	81
3.2.4.7 O pedido	82
3.2.4.8 O valor da causa	86

3.3 O pedido cautelar de afastamento do agente.....	87
3.4 Os pedidos cautelares de indisponibilidade e de seqüestro de bens.....	88
3.5 O cumprimento e a execução da sentença condenatória.....	91
3.5.1 O ressarcimento do dano.....	91
3.5.2 A perda dos bens ou valores havidos ilicitamente.....	93
3.5.3 A perda da função pública.....	94
3.5.4 A suspensão dos direitos políticos.....	95
3.5.5 A multa.....	95
3.5.6 A proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos.....	96
4. Estudo de casos.....	97
4.1 A responsabilidade fiscal.....	97
4.1.1 A distinção entre o parecer da prestação de contas da gestão fiscal e a tomada de contas anual.....	99
4.1.2 A questão dos restos a pagar.....	100
4.2 As infrações meramente administrativas.....	103
4.3 A questão das contratações emergenciais e temporárias.....	104
4.4 A terceirização.....	110
4.5 A publicidade.....	112
4.6 Uso abusivo de bem público.....	117
4.7 O fracionamento de compras como forma de burlar a obrigatoriedade da licitação.....	118
Bibliografia.....	125

ABREVIATURAS

- ADIn. – Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag. Reg. – Agravo Regimental
C. Cív. – Câmara Cível
C. Crim. – Câmara Criminal
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CE – Corte Especial
Coord. – Coordenador
Coords. – Coordenadores
Cor. Parc. – Correição parcial
DJU – Diário da Justiça da União
Gab. – Gabinete
HC – Habeas Corpus
j. – julgado
MC – Medida cautelar
Of. Circ. – Ofício Circular
Rec. – Reclamação
RExt. – Recurso extraordinário
REsp. – Recurso Especial
ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TC – Tomada de Contas
TCERS – Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
T. – turma

INTRODUÇÃO

O objetivo destas linhas é alcançar aos membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul um manual prático para a atuação nas atividades de investigação e de promoção de ações de improbidade administrativa e ações civis públicas de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica.

Este manual prático está estruturado em quatro eixos.

O primeiro cuida das particularidades da atividade de investigação do Ministério Público, quando se tem em mira a verificação da existência de ato de improbidade administrativa ou de ato contrário ao Direito que requeira alguma medida em favor da defesa do patrimônio público e da ordem jurídica.

Nesse ponto, as questões abordadas dizem respeito aos elementos do inquérito civil e das peças de informação, destacando-se os requisitos formais necessários à instauração do procedimento investigatório; as questões relativas aos relatórios dos processos de prestação de contas do Tribunal de Contas do Estado; as particularidades da instrução do inquérito civil; a questão da publicidade; a questão do contraditório e o problema do arquivamento implícito. Além disso, são analisadas as questões do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação no âmbito do inquérito civil.

O segundo eixo deste manual cuida da configuração do ato de improbidade administrativa. Igualmente, ocupa-se de especificar as conseqüências jurídicas do reconhecimento do ato de improbidade administrativa.

Nesse tópico, estão destacados os sujeitos ativos e passivos do ato de improbidade administrativa; os tipos de atos de improbidade administrativa; o elemento subjetivo necessário à configuração da improbidade administrativa e as sanções aplicáveis ao ato de improbidade administrativa – o ressarcimento do dano; a perda dos bens havidos ilicitamente; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos; a multa; a proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos. Além disso, quanto à questão das sanções, cuida-se de examinar o problema da aplicação cumulativa

das sanções estabelecidas ao ato de improbidade administrativa. O que se pretende responder é se é possível ou não a aplicação disjuntiva das sanções previstas na Lei 8.429/92. Por fim, será examinada a questão da prescrição da pretensão sancionadora.

O terceiro eixo deste manual é dedicado às questões processuais da ação de improbidade administrativa e da ação civil pública de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica.

O primeiro item destacado nesse eixo é o relativo à petição inicial, quando são examinadas as questões referentes ao próprio nome da demanda, os requisitos da petição inicial, o problema dos indícios suficientes à existência do ato de improbidade administrativa referidos na norma do art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92. Além disso, trata-se de apresentar alguns critérios gerais para a estruturação da petição inicial da ação de improbidade administrativa, destacando-se os capítulos da imputação ou exposição geral do fato; a descrição do fato; a análise das provas; a adequação do fato às hipóteses normativas; o elemento subjetivo; a responsabilidade e o nexo de causalidade; o pedido e o valor da causa. Este terceiro eixo cuida, ainda, do pedido cautelar de afastamento do agente público contra o qual se dirige a imputação de improbidade administrativa e dos pedidos cautelares de indisponibilidade e de seqüestro de bens. Por fim, trata de uma questão extremamente relevante para efetividade da ação de improbidade administrativa que diz com o cumprimento e a execução da sentença condenatória, destacando-se as particularidades que devem ser consideradas conforme a sanção cominada na sentença de procedência da demanda. Assim, nesse item, são analisadas as questões relativas à concretização da sentença que condena o réu a ressarcir o dano causado ao erário; à perda dos bens ou valores havidos ilicitamente; à perda da função pública; à suspensão dos direitos políticos; ao pagamento de multa e à proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos públicos.

O quarto e último eixo deste manual está dedicado ao estudo de casos, tendo sido concebido em atenção aos fatos que mais freqüentemente são confrontados com a Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse tópico, estão examinadas algumas questões relacionadas à Lei de Responsabilidade Fiscal, que ensejou importantes controvérsias quanto à caracterização

de ato de improbidade administrativa, destacando-se a discussão em torno dos restos a pagar e as infrações meramente administrativas. Além disso, confronta-se com a Lei de Improbidade Administrativa os casos das contratações emergenciais e temporárias; da terceirização; da publicidade; do uso abusivo de bem público e do fracionamento de compras como forma de burlar a obrigatoriedade de licitação.

Uma advertência importante.

Este manual não tem pretensão científica, não se destinando a responder as questões acadêmicas que giram em torno da Lei da Improbidade Administrativa. Esse exercício deve ser executado em outro lugar. Aqui, o propósito é o de apresentar algumas linhas condutoras da atuação prática dos órgãos de execução do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Longe de constituir um modelo de atuação acabado, este manual prático é indicativo de alguns caminhos e alternativas, devendo, sempre, ser objeto de permanente confrontação ante à prática, à mutação normativa da Lei da Improbidade Administrativa e à jurisprudência.

1. A investigação

O objetivo aqui é destacar os principais aspectos que devem orientar a atividade de investigação a ser desenvolvida pelo órgão de execução do Ministério Público quando se tem o propósito de verificar a existência ou não de elementos para o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa ou de ação civil pública para a defesa do patrimônio público e da ordem jurídica.

O que segue é uma análise do inquérito civil e das peças de informações, oportunidade em que serão examinados os requisitos formais necessários à instauração do procedimento investigatório, notadamente a partir da nova normalização do Provimento 55/2005, que disciplina o inquérito civil no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Igualmente, serão examinadas algumas questões relativas aos relatórios dos processos de prestação de contas do Tribunal de Contas do Estado, especialmente quanto ao modo de atuar dos órgãos de execução em relação aos relatórios e documentos que são frequentemente remetidos ao Ministério Público. Outra questão a ser analisada é a relativa à própria atividade de instrução do inquérito civil, notadamente quanto às providências e aos procedimentos a serem adotados para a notificação e a tomada de depoimentos do investigado e das testemunhas. Do mesmo modo, serão destacados alguns aspectos referentes às requisições de perícias, de documentos e de informações por parte do órgão de execução do Ministério Público, bem como algumas questões relativas ao pedido judicial para quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal. Além disso, as observações a respeito da atividade de investigação incluirão algumas anotações sobre a publicidade, o contraditório e a questão do arquivamento implícito no inquérito civil. Por fim, serão analisadas as questões do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação.

1.1 O inquérito civil e as peças de informação

A atividade de investigação a ser realizada pelo órgão de execução do Ministério Público para fins de verificação de ato de improbidade administrativa, de contrariedade aos princípios informadores da Administração Pública ou de dano ao patrimônio público deve ser instrumentalizada por intermédio do inquérito civil ou de

peças de informação. A correção desse argumento encontra justificção no fato de que a possibilidade de o órgão de execução do Ministério Público instaurar outro tipo de procedimento investigatório que não o inquérito civil ou as peças de informação está restrita às hipóteses excepcionais autorizadas pela norma do art. 1º, parágrafo único, do Provimento 55/2005¹.

Nesse sentido, aliás, da norma do art. 1º, *caput*, do Provimento 55/2005, pode se retirar o enunciado de que o inquérito civil é o procedimento administrativo de natureza inquisitorial que deve ser instaurado para apurar fato que possa autorizar a defesa do patrimônio e da moralidade administrativa do Estado e do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades de que participem. Muito embora a norma do art. 1º, *caput*, do Provimento 55/2005 não faça referência, as entidades privadas nas quais o erário estadual ou municipal participe com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual devem ser inseridas nesse catálogo, conforme a norma do art. 1º da Lei 8.429/92.

A atividade de investigação pode desenvolver-se por intermédio do procedimento administrativo provisório das peças de informação, quando o órgão de execução dispõe de notícias, de informações, de documentos, entre outros meios de prova, que ainda não reúnem elementos probatórios consistentes e suficientes para autorizarem a instauração do inquérito civil, conforme a norma do art. 10, *caput*, do Provimento 55/2005. Por isso, então, é correto dizer que somente em situações excepcionais é que o órgão de execução deverá determinar a instauração de peças de informação. Caso, após a realização de algumas diligências, constatar-se a complexidade do assunto, mostrando-se necessária a realização de novas investigações, a alternativa do órgão de execução deve ser a instauração do inquérito civil e não o prosseguimento das investigações como peças de informação².

Por isso, então, a atividade de investigação do Ministério Público deve ser disciplinada e orientada pelo modelo normativo do Provimento 55/2005, de tal sorte

¹ Essa norma dispõe que para a defesa dos interesses ou direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso, o órgão de execução pode instaurar procedimentos administrativos, quando se tratar de direito individual indisponível, e sindicâncias, quando se pretender apurar infrações às normas de proteção desses interesses ou direitos.

que todos os princípios que o informam devem ser observados pelo órgão de execução que se lançar a investigar a existência ou não de ato de improbidade administrativa, de ato contrário ao Direito ou de dano ao patrimônio público.

1.2 Os requisitos formais de instauração

A instauração do inquérito civil deve observar os requisitos formais exigidos pelas normas do art. 8º do Provimento 55/2005.

O primeiro aspecto a ser considerado é que o órgão de execução, a partir de uma representação ou de ofício, deve determinar a instauração do inquérito civil por intermédio de uma decisão devidamente fundamentada. Mesmo na hipótese de atuação de ofício, o órgão de execução deve justificar o início do inquérito civil a partir de algum fato que possa, em tese, caracterizar improbidade administrativa, contrariedade aos princípios informadores da Administração Pública ou dano ao patrimônio público. Do igual modo, a conversão das peças de informação em inquérito civil deve ser racionalmente fundamentada pelo órgão de execução.

Ao decidir pela instauração do inquérito civil, o órgão de execução deve determinar a elaboração da portaria de instauração, a sua autuação, juntamente com os documentos eventualmente existentes, o registro no sistema gerenciador de promotorias e, ainda, conforme o caso concreto, a realização das primeiras diligências investigatórias, segundo dispõe a norma do art. 8º, *caput*, do Provimento 55/2005. Por isso, então, pode-se afirmar, com pretensão de correção, que a portaria é a peça inicial formal do inquérito civil.

Os requisitos formais da portaria de abertura do inquérito civil são os estabelecidos na norma do art. 8º, § 2º, do Provimento 55/2005, de onde se retira que a peça inicial do inquérito civil deve conter a descrição do fato objeto do inquérito civil e o nome e a qualificação que for possível do investigado.

² Nesse sentido, ver GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Inquérito civil: comentários ao Provimento 55/2005*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2006, p. 38.

O mais importante, nesse ponto, é que a portaria contenha os elementos para uma compreensão minimamente razoável do fato investigado e uma indicação genérica da hipótese normativa da imputação da prática de ato de improbidade administrativa, de contrariedade aos princípios da Administração Pública ou de dano ao patrimônio público. Por isso mesmo, deve ser desprezado o emprego de fórmulas demasiadamente abertas e genéricas que pouco dizem a respeito do objeto da investigação ou da própria imputação. Assim, por exemplo, devem ser evitados modelos genéricos como “investigar possíveis irregularidades em processos de licitação” ou “investigar a possível prática de ato de improbidade administrativa”, pois, nesses casos, não se terá a definição do que exatamente está sendo objeto da investigação. Assim, quando o nível de informação for muito superficial, o órgão de execução deve realizar os atos iniciais de investigação por intermédio de peças de informação.

O grau de precisão da indicação da hipótese normativa da imputação está diretamente vinculado ao nível de profundidade de conhecimento do objeto da investigação. Assim, quando o nível da profundidade de conhecimento do objeto da investigação for baixo, não é conveniente que a portaria arrisque definir, antecipadamente, a hipótese normativa da imputação. Contudo, quando alto o nível da profundidade de conhecimento da imputação, nada impede a já indicação da hipótese normativa na peça inicial do procedimento do inquérito civil. De qualquer modo, deve-se reconhecer que a qualificação normativa da imputação nesse momento não vincula o órgão de execução quanto ao desenvolvimento da investigação e tampouco em relação à adequação normativa em demanda a ser eventualmente proposta.

Além desses elementos, obviamente, a portaria deve indicar a data e o local da instauração do inquérito civil.

Quando os elementos probatórios de que dispõe o órgão de execução não autorizam a instauração do inquérito civil, a alternativa é que eles sejam autuados como peças de informação, conforme dispõe a norma do art. 10, *caput*, do Provimento 55/2005. Nesse caso, sem a expedição de portaria, o órgão de execução deve determinar a realização de diligências complementares aos elementos que já possui para fins de formação de seu convencimento quanto à conversão do procedimento de peças de informação em inquérito civil ou ao próprio ajuizamento da ação civil pública.

Um aspecto que o órgão de execução deve considerar ao ensejo da instauração de um inquérito civil é se o objeto da investigação a ser iniciada é compreendido por vários fatos ou por fatos pluriobjetivos.

Quando a investigação tem em mira dois ou mais fatos, o órgão de execução, detendo atribuição para investigá-los e para promover a adequada medida judicial, deve examinar a conveniência ou não de cindir a investigação em dois ou mais inquéritos civis, considerando a complexidade da investigação e a própria dificuldade e demora para a realização das provas. Em algumas situações, a cisão da investigação em dois ou mais procedimentos agiliza a realização das provas e, assim, acelera o próprio desfecho da investigação.

Uma hipótese interessante é a que ocorre quando determinado órgão de execução está diante de dois ou mais fatos que podem ser objeto de investigação e adoção de alguma medida judicial, mas detém atribuição para atuar somente em relação a um desses fatos. Nesse caso, a solução é a cisão da investigação com ulterior cientificação e remessa das informações e dos documentos ao órgão de execução com atribuição para a investigação e ajuizamento de eventual demanda judicial, conforme se pode retirar das normas do art. 2º, parágrafo único, e art. 31, parágrafo único, do Provimento 55/2005.

Essa mesma solução pode ser adotada quando se tratar de fato pluriobjetivo, como na hipótese em que o objeto da investigação a ser instaurada sugere a adoção de uma demanda em favor da probidade administrativa e outra em favor da defesa do patrimônio público e da ordem jurídica. Em algumas situações, por exemplo, já podem estar presentes os elementos probatórios para eventual ação anulatória de determinado ato administrativo, mas não perfeitamente elucidada a questão da existência ou não de improbidade administrativa. Nesses casos, é conveniente a imediata cisão da investigação para, por um lado, o pronto ajuizamento da demanda judicial e, por outro lado, a realização das diligências necessárias à verificação da existência ou não de improbidade administrativa. Considerada a hipótese de atribuição para a defesa da probidade administrativa e para a defesa do patrimônio público, no

caso de o órgão de execução não possuir essa dupla atribuição, deve haver a cisão da investigação e remessa para o órgão de execução do Ministério Público competente.

É interessante acrescentar a conveniência de que, do órgão de execução com atribuição para a ação de improbidade administrativa, os documentos e informações sejam imediatamente remetidos para o órgão de execução com atribuição para a defesa do patrimônio público e da ordem jurídica; por outro lado, afigura-se conveniente que, do órgão de execução com atribuição para a defesa do patrimônio público para o órgão de execução com atribuição para a defesa da probidade administrativa, a remessa dos documentos e informações ocorra ao final da investigação, se vislumbrados indícios de dolo ou culpa grave por parte do agente público, capazes de ensejar a incidência das hipóteses legais de improbidade administrativa previstas nas normas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Em relação à definição da atribuição dos órgãos de execução do Ministério Público em favor da defesa da probidade administrativa, do patrimônio público e da ordem jurídica, é necessário observar o critério da fixação da competência para a dedução de eventual medida judicial, notadamente a ação de improbidade administrativa e a ação civil pública de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica. Aliás, nesse sentido, dispõe a norma do art. 3º, *caput*, do Provimento 55/2005, estabelecendo que cabe ao órgão de execução investido da atribuição para a proposição da ação civil pública a responsabilidade pela instauração do inquérito civil³.

Assim, por exemplo, tratando-se de fato de âmbito regional, a competência para conhecer da ação civil pública adequada é do foro da Capital do Estado, disso resultando que incumbe à Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público a instauração da investigação. No caso, por exemplo, de um contrato administrativo celebrado pelo Estado do Rio Grande do Sul para a prestação de serviço de execução de obras para recuperação de diversas estradas no interior do Estado, a atribuição para a investigação quanto a eventual vício do processo de licitação é da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Capital. Mesmo que a investigação tenha por objeto não um vício do processo de licitação, mas o pagamento

³ Para a definição do foro competente da ação de improbidade administrativa ou de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica, ver, adiante, o item 3.1.

de serviço não efetivamente executado em uma determinada estrada, a atribuição da investigação deve ser conferida à Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Capital. Nesse caso, a contrariedade ao Direito não está no comportamento isolado da não-execução, mas no fato do pagamento indevidamente efetuado pelo serviço não-prestado. Por outro lado, tratando-se de fato de âmbito local, a competência para a demanda é do foro do local do fato, daí retirando-se a definição do órgão de execução do Ministério Público com atribuição para a instauração do inquérito civil. A justificação desse critério está na funcionalidade de se atribuir ao órgão de execução do local do fato a investigação, notadamente em atenção à facilidade da coleta das provas testemunhais, documentais e periciais. Até mesmo em atenção à efetividade da investigação do Ministério Público, recomenda-se a definição da atribuição pelo local do fato.

1.3 Os relatórios dos processos de prestação de contas do Tribunal de Contas do Estado

O que se pretende destacar diz com os critérios que devem ser adotados quanto à instauração de inquérito civil com base nos relatórios dos processos de prestação de contas do Tribunal de Contas do Estado remetidos aos órgãos de execução do Ministério Público⁴.

Em primeiro lugar, devem ser observadas as etapas do processo de tomada de contas. A primeira etapa consiste no relatório de auditoria externa, elaborado pela equipe de Auditores Externos do Tribunal de Contas do Estado; a segunda etapa consubstancia-se com a apresentação de esclarecimentos pelo gestor público; a terceira etapa é a análise dos esclarecimentos pela Equipe Técnica de Supervisão de Contas; a quarta etapa consiste no julgamento das contas pelos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado e a quinta etapa é materializada pela oportunidade para o gestor administrativo apresentar embargos à decisão. Somente após essa última etapa é que se tem a decisão definitiva do Tribunal de Contas do Estado a respeito do assunto. Antes disso, não há decisão definitiva sobre as contas do gestor público.

⁴ Ver item 4.1.1, que trata da distinção entre o parecer da prestação de contas da gestão fiscal e a tomada de contas anual.

De qualquer modo, é necessário destacar que a decisão do Tribunal de Contas do Estado não vincula a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público quanto à responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa⁵. Aliás, a norma do art. 21, II, da Lei 8.429/92, dispõe que a aplicação das sanções da Lei da Improbidade Administrativa não depende da aprovação ou da rejeição das contas do administrador público pelo Tribunal de Contas.

Em algumas situações, quando receber apenas o termo de julgamento da decisão do Tribunal de Contas do Estado, o órgão de execução, sempre por intermédio do Procurador-Geral de Justiça⁶, deve solicitar outras peças do processo, como, por exemplo, o relatório da Auditoria Externa e a documentação suporte.

A instrução de inquérito civil instaurado a partir da remessa de relatórios de Auditoria Externa do Tribunal de Contas do Estado deve atentar para a existência ou não dos documentos que embasem os respectivos apontamentos. Na ausência desses elementos, o órgão de execução deve solicitá-los, especificando os documentos pretendidos, indicando-os a partir da numeração das folhas e também dos próprios fatos apontados no procedimento em trâmite no Tribunal de Contas do Estado. Essa providência é importante porque evita a remessa de documentos diferentes dos solicitados e, por isso, imprestáveis à investigação.

Outro aspecto a ser destacado a respeito dos relatórios de Auditoria Externa do Tribunal Contas do Estado é que o órgão de execução, ao recebê-los, deve proceder a uma análise preliminar de todos os apontamentos e, fundamentadamente, limitar a investigação àqueles que, à primeira vista, podem configurar ato de improbidade administrativa, violação aos princípios da Administração Pública, dano ao patrimônio público ou alguma hipótese de contrariedade ao Direito. Nessa linha, então, somente após essa delimitação do objeto da investigação é que deve ser determinada a expedição da portaria de instauração do inquérito civil.

⁵ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 122.

⁶ Ver, adiante, item 1.4.2.

1.4 A instrução

O desenvolvimento da atividade de investigação deve observar as normas do art. 9º do Provimento 55/2005.

A instrução do inquérito civil consubstancia-se a partir dos documentos ou informações que conduziram à própria instauração do procedimento e daqueles outros elementos que são reunidos ao longo do desenvolvimento da atividade investigatória. Em princípio, a instrução pode ser instrumentalizada por intermédio de declarações prestadas ao órgão de execução, de documentos ou de informações técnicas enviadas ou requisitadas pelo Ministério Público.

1.4.1 A notificação e a tomada de declarações

A instrução do inquérito civil por intermédio da tomada de declarações do investigado e das próprias testemunhas requer do órgão de execução do Ministério Público a adoção de algumas providências preliminares.

O primeiro elemento a ser considerado diz com o tempo da realização da diligência. Em algumas hipóteses, apresenta-se como imprescindível que o órgão de execução determine a imediata realização da audiência para oitiva das pessoas envolvidas nos fatos investigados ou daqueles que possam trazer informações a respeito do que está sendo apurado. Assim, por exemplo, nos casos em que se apura a existência de fraude à lisura do processo de licitação, é importante que seja determinada a imediata oitiva dos representantes legais das empresas concorrentes que não venceram o certame, pois elas poderão confirmar situações concretas ilícitas como a prática pela qual as empresas convidadas, mesmo quando não interessadas no certame, devem apresentar propostas não-competitivas, pena de não serem mais convidadas pela Administração Pública para participarem de outras licitações. Esse artifício, em alguns casos, pode sugerir uma aparente lisura e competitividade em um certame substancialmente viciado.

O segundo elemento a ser observado pelo órgão de execução diz respeito aos cuidados necessários à expedição da notificação do investigado e das testemunhas para prestarem declarações ao Ministério Público. Quanto à elaboração da notificação,

destaca-se a conveniência de que ela contenha os elementos fáticos mínimos para a compreensão do assunto objeto da investigação, explicitando, quando possível, a condição de investigado ou de testemunha do destinatário. Outra providência importante é que o destinatário seja notificado com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas para comparecer à sede do Ministério Público, sob pena de adiamento da audiência, conforme dispõe a norma do art. 9º, § 6º, do Provimento 55/2005. Ao expedir a notificação para comparecimento ao Ministério Público, o órgão de execução presidente do inquérito civil não pode descuidar do fato de que algumas autoridades devem ser notificadas pelo Procurador-Geral de Justiça, conforme dispõe a norma do art. 26, § 1º, da Lei 8.625/93. Assim, as notificações dirigidas ao Governador do Estado, aos membros do Poder Legislativo e aos Desembargadores devem ser encaminhadas ao Procurador-Geral de Justiça. É interessante observar que a norma do art. 32, § 2º, da Lei Estadual 7.669/82, inclui os Conselheiros do Tribunal de Contas nesse catálogo. Nesse sentido, aliás, está a norma do art. 9º, § 5º, do Provimento 55/2005.

Nesse ponto, deve-se acrescentar que conforme dispõe a norma do art. 17, § 12, da Lei 8.429/92, aplicam-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos por ela regidos – nisso incluídos os inquéritos civis que investigam atos de improbidade ou lesões ao patrimônio público – as normas do art. 221, *caput*, do Código de Processo Penal, que estabelecem a prerrogativa de algumas autoridades – entre as quais os Governadores, os Secretários Estaduais, os Deputados Federais e os Estaduais, os Prefeitos Municipais e os membros do Poder Judiciário – de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados com eles. Essa prerrogativa também se aplica a membros do Ministério Público, conforme estabelece a norma do art. 40, inciso I, da Lei 8.625/93.

Ao expedir a notificação para colher declarações, o órgão de execução deve explicitar que o não comparecimento injustificado pode implicar condução coercitiva do destinatário, inclusive pela força policial, salvo as prerrogativas conferidas a algumas autoridades, conforme dispõe a norma do art. 26, I, *a*, da Lei 8.625/93. Essa advertência é importante sob a perspectiva da efetividade da notificação, pois torna claro que o não comparecimento injustificado sujeita o destinatário a uma situação de constrangimento significativamente gravosa. Outra observação importante, que pode constar do instrumento da notificação, é que a falta ao trabalho em virtude de

comparecimento ao Ministério Público, quando devidamente atestada, não autoriza o desconto do vencimento ou do salário do destinatário da notificação, conforme dispõe a norma do art. 26, § 4º, da Lei 8.625/93.

Nesse ponto, contudo, merece destaque o fato de que o não comparecimento do destinatário da notificação não deve significar necessariamente a determinação de condução coercitiva da testemunha ou do investigado. O órgão de execução deve avaliar adequadamente as implicações dessa medida extrema, sobretudo sob a perspectiva da relação custo-benefício, pois não são raras as situações em que o conduzido coercitivamente nada esclarece quanto aos fatos objeto da investigação. Aliás, em se tratando do investigado, talvez seja mais eficaz oportunizar-se, em prazo razoável, inclusive mediante a formulação de quesitos, a sua manifestação por escrito.

A norma do art. 9º, § 4º, do Provimento 55/2005, dispõe que as declarações e os compromissos devem ser tomados por termo pelo próprio órgão de execução presidente do inquérito civil, disso resultando que essa atividade não pode ser transferida para servidor ou estagiário do Ministério Público. Uma providência que deve ser adotada pelo órgão de execução é indagar do depoente a respeito de algum impedimento ou suspeição, fazendo constar no termo que as declarações estão sendo prestadas sob o “compromisso de dizer e não omitir a verdade”.

1.4.2 As requisições de perícias, de documentos e de informações

A primeira questão a ser examinada é a conveniência ou não de o órgão de execução, antes de expedir uma requisição, dirigir-se ao destinatário por intermédio de uma solicitação. A rigor, sob o ponto de vista estritamente jurídico, o órgão de execução do Ministério Público pode expedir diretamente a requisição, sem necessidade de prévia solicitação. Contudo, não se pode negar que a requisição possui carga de coercitividade bastante intensa, sendo o único instrumento adequado para caracterização de eventual ilícito em caso de descumprimento. O que releva, então, diz exclusivamente com uma questão de alternativas de relacionamento dos órgãos de execução do Ministério Público com outras instituições, públicas ou privadas, e, ainda, com a própria sociedade, notadamente porque a solicitação parece ser menos gravosa sob o ponto de vista do destinatário. Nessa linha, na ausência de outros indicativos em contrário –

urgência ou comportamento sabidamente recalcitrante do destinatário – especialmente quando se tratar de instituições, públicas ou privadas, afigura-se conveniente que antes da expedição da requisição, o órgão de execução expeça uma solicitação de perícias, de documentos ou de informações. Caso não haja atendimento, então, a solução é a requisição, não se justificando uma segunda solicitação.

Outra questão a ser destacada é que as requisições que tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo ou os Desembargadores devem ser encaminhadas ao Procurador-Geral de Justiça, conforme dispõe a norma do art. 26, § 1º, da Lei 8.625/93 e a norma do art. 74, § 1º, da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul. Essa norma também deve ser aplicada quando se tratar de requisição dirigida a Conselheiro do Tribunal de Contas, conforme se pode retirar da norma do art. 32, § 2º, da Lei Estadual 7.669/82, que inclui os Conselheiros do Tribunal de Contas nesse catálogo.

Em relação ao destinatário da requisição, pode-se observar que o órgão do Ministério Público detém legitimidade para requisitar documentos e informações de entidades privadas, conforme dispõe a norma do art. 26, II, da Lei 8.625/93. Quando se tratar de entidades públicas – assim entendidas as autoridades federais, estaduais e municipais, os órgãos e as entidades da administração direta, indireta, ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – o órgão de execução do Ministério Público, além de documentos e informações, pode requisitar a realização de exames periciais, conforme dispõe a norma do art. 26, I, *b*, da Lei 8.625/93.

Uma observação que se pode retirar das normas do art. 26 da Lei 8.625/93, é que o órgão de execução do Ministério Público não detém legitimidade para requisitar exames periciais de entidades privadas, mesmo porque a realização dessa prova demandaria custo não-exigível do destinatário da requisição. Aliás, as requisições do Ministério Público dirigidas a instituições públicas devem ser atendidas com gratuidade.

A omissão injustificada de atendimento das requisições do Ministério Público pode acarretar a responsabilização penal, conforme dispõe a norma do art. 10 da

Lei 7.347/85 – que, contudo, exige que os dados sejam “técnicos” e “indispensáveis à propositura da ação civil” – bem como as normas dos arts. 319 e 330 do Código Penal. Em se tratando de agente público, essa omissão pode configurar ato de improbidade administrativa, conforme dispõe a norma do art. 11, *caput*, II e IV, da Lei 8.429/92. No entanto, a imputação de responsabilidade a esse título deve ocorrer apenas em casos excepcionais, evitando-se a eventual formação de orientação jurisprudencial “liberal” a respeito da matéria, que venha a enfraquecer a efetividade desse importante instrumento de investigação. Assim, para a configuração dessa omissão, convém que as requisições sejam reiteradas e que, ao menos a última delas, seja entregue por Secretário de Diligências em mãos do destinatário – e não por simples protocolo geral no órgão em que atuar –, certificando-se a respeito. Ademais, os documentos ou informações buscados devem ser de presumível importância real para o resultado da investigação.

1.4.3 O pedido judicial de quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal

Em algumas situações, a investigação a respeito da existência ou não de ato de improbidade administrativa requer a verificação de dados bancários e fiscais dos investigados.

Um aspecto a ser examinado é se o órgão de execução do Ministério Público pode requisitar as informações bancárias e fiscais do investigado diretamente à instituição bancária ou ao órgão competente da Receita Federal. Sem embargo de entendimento em sentido contrário, a melhor alternativa é a que essas informações sejam obtidas por intermédio de procedimento judicial, notadamente porque parece ser essa a orientação dos precedentes mais atuais da jurisprudência⁷. Aliás, em relação ao sigilo bancário, a interpretação que se pode retirar da norma do art. 1º, § 4º, da Lei Complementar 105/2001 é no sentido de que o órgão de execução do Ministério Público somente pode obter informações sobre as operações financeiras do investigado mediante autorização judicial. Isso porque o Ministério Público, conforme deixam saber as normas da Lei Complementar 105/2001, não se inclui entre aqueles que podem ter

⁷ Cf. STF, HC 85.038, 2ª T., j. 19/04/2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 16/03/2006; TJRS, Cor. Parc. 70008536120, 5ª C. Crim., j. 05/05/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 16/03/2005.

acesso a essas informações diretamente, como, por exemplo, é o caso dos agentes da arrecadação tributária⁸.

O pedido judicial para obtenção de informações bancárias e fiscais não exige a instrumentalização pela via do processo cautelar, pois não se trata de medida destinada a assegurar o resultado útil de ulterior ação de improbidade administrativa ou ação civil pública de defesa do patrimônio público. O que ocorre é que o sigilo das informações bancárias e fiscais encontra justificação no direito fundamental à intimidade e à inviolabilidade da vida privada, conforme a norma do art. 5º, X, da Constituição Federal, somente podendo ser afastado por determinação judicial. Na verdade, o provimento jurisdicional limita-se a ordenar que as informações bancárias e fiscais do investigado sejam transferidas ao órgão de execução do Ministério Público que, a partir de então, passa a suportar o dever de sigilo⁹. É por essas razões, aliás, que o pedido de quebra dos sigilos bancário e fiscal não está sujeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo desnecessária a cientificação prévia do investigado. Mesmo porque, dependendo do objeto da investigação, especialmente no caso de pedido judicial de quebra de sigilo bancário, a cientificação prévia do investigado pode prejudicar o desenvolvimento da investigação e, inclusive, a própria eficácia do provimento jurisdicional final.

O pedido judicial de quebra dos sigilos bancário e fiscal deve ser adequadamente justificado, cabendo ao órgão de execução indicar os elementos objetivos que evidenciam a suspeita de enriquecimento ilícito. Por isso mesmo, a petição inicial deve descrever detalhadamente o histórico da investigação, apontando o que até o momento foi constatado e o que se pretende verificar com a medida judicial. Além disso, caso possível, é interessante que o órgão de execução especifique as informações que deseja obter. Assim, por exemplo, quanto às informações da receita federal, a petição inicial deve indicar os exercícios financeiros sobre os quais incidirá a medida; quanto às informações bancárias, do mesmo modo, é importante que a petição inicial descreva as agências bancárias, os números das contas e o período da

⁸ Contudo, independentemente de autorização judicial, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, quando evidenciada a prática de crime de ação pública, podem remeter ao Ministério Público informações sobre operações financeiras protegidas pelo sigilo, conforme dispõe a norma do art. 9º, *caput*, da Lei Complementar 105/2001.

movimentação bancária do investigado sobre o qual deverá incidir a quebra do sigilo. Uma providência interessante, que pode ser adotada pelo órgão de execução do Ministério Público presidente do inquérito civil, é submeter os fatos e os próprios elementos probatórios constantes da investigação à avaliação do Serviço Geral de Contadoria e Análise Econômico-Financeira do Centro de Apoio Operacional Cível e de Defesa do Patrimônio Público a fim de que o espectro da requisição do Ministério Público seja tecnicamente definido. De qualquer modo, depois de recebidos os documentos, até mesmo pela especificidade técnica da avaliação dos dados fornecidos pelas instituições bancárias e fiscais, é conveniente que o órgão de execução do Ministério Público solicite ao referido Serviço Geral de Contadoria e Análise Econômico-Financeira a realização do competente parecer técnico.

1.5 A publicidade no inquérito civil

O inquérito civil deve observar o princípio da publicidade, pois se trata de procedimento administrativo de investigação público, conforme se pode retirar da norma do art. 26, VI, da Lei 8.625/93.

Nesse sentido, pode destacar-se a norma do art. 5º, LXXII, *a*, da Constituição Federal, da qual se retira a admissibilidade do *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Igualmente, a norma do art. 5º, XXXIII e XXXIV, *b*, da Constituição Federal, consubstancia o direito de certidão e de informação, que deve ser observado pelo Ministério Público. Além dessas disposições, a norma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, consagra expressamente o princípio da publicidade.

A respeito disso, a norma do art. 11, parágrafo único, do Provimento 55/2005, explicita que qualquer interessado poderá obter certidão do inquérito civil ou das peças de informação e, inclusive, extrair cópias dos documentos constantes do procedimento.

⁹ Por isso, ao receber os dados bancários e fiscais do investigado, o órgão de execução deve decretar o sigilo no inquérito civil ou, pelo menos, das informações bancárias e fiscais obtidas pela via judicial.

A concretização do princípio da publicidade no âmbito do inquérito civil ou das peças de informação, contudo, está sujeita à ponderação com outros princípios também informadores da atuação estatal do Estado constitucional brasileiro. A norma do art. 11, *caput*, do Provimento 55/2005, destaca duas hipóteses em que o princípio da publicidade deve ceder no âmbito do inquérito civil.

Em primeiro lugar, a norma refere-se às hipóteses em que a própria Constituição Federal e a normalização infraconstitucional impõem sigilo. Nesses casos, o órgão de execução presidente da investigação está autorizado a negar acesso às informações constantes no procedimento. Assim, sempre que o inquérito civil contiver documentos sigilosos, convém, desde logo, decretar o caráter *confidencial* da investigação, mediante promoção fundamentada, conforme a norma do art. 155, I, do Código de Processo Civil, consignando-se, inclusive, observação a respeito na capa dos autos, com o uso de carimbo, impedindo, assim, que sejam examinados por pessoas estranhas ao fato. É interessante acrescentar, que o órgão de execução, ao decretar o sigilo no inquérito civil, deve explicitar o seu grau, valendo-se da classificação proposta no Provimento 39/2005. Esse é o caso, por exemplo, das informações bancárias ou fiscais integrantes do inquérito civil que foram obtidas pelo órgão de execução por intermédio de decisão judicial. Além do sigilo de documentos fiscais, bancários e dos registros de comunicações telefônicas, devem ser estendidas ao inquérito civil as disposições atinentes ao segredo de justiça dos processos, conforme a norma do art. 155 do Código de Processo Civil, bem como cuidar-se das hipóteses em que a divulgação das investigações possa causar violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, conforme a norma do art. 5º, X, da Constituição Federal. Além disso, o órgão de execução não deve desprezar o conteúdo dos direitos de personalidade, previstos nas normas dos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002. Aliás, a norma do art. 13 do Provimento 55/2005 dispõe que o direito à privacidade deve ser preservado no inquérito civil.

Um aspecto que deve ser bem destacado a respeito disso é que o dever de sigilo é do órgão de execução presidente do inquérito civil, que pode ser pessoalmente responsabilizado pela eventual transferência e uso indevido dessas informações ou documentos.

Em segundo lugar, a norma do art. 11, *caput*, do Provimento 55/2005, autoriza o sigilo dos elementos probatórios constantes do inquérito civil quando a sua publicidade, por alguma razão, possa causar prejuízo ao próprio desenvolvimento da atividade de investigação. Assim, quando órgão de execução suspeita que a divulgação das informações ou documentos constantes no inquérito civil pode causar algum prejuízo ao desenvolvimento da própria atividade de investigação, está autorizada a decretação do sigilo. À evidência, essa decisão deve ser suficientemente fundamentada, pois a imposição do sigilo é uma exceção a norma geral da publicidade do inquérito civil.

Uma questão que deve merecer bastante atenção do órgão de execução presidente do inquérito civil, principalmente nos casos de grande repercussão na mídia e na opinião pública, é a divulgação do objeto da investigação. A respeito disso, a norma do art. 12 do Provimento 55/2005 estabelece que o órgão de execução não deve se manifestar publicamente a respeito de fatos cuja apuração da responsabilidade ainda não tenha sido concluída, salvo para explicitar as medidas judiciais ou extrajudiciais que já tenha realizado. A norma tem em mira preservar o órgão de execução e o destinatário da investigação quanto à divulgação de fatos e de responsabilidades ainda não bem esclarecidas e definidas. Isso não significa, contudo, que o órgão de execução não possa tornar públicas as medidas adotadas, especialmente quando a mídia solicita informações do Ministério Público. Assim, em relação às providências já adotadas, não deve haver dúvida quanto à possibilidade de manifestação do órgão de execução do Ministério Público.

1.6 A questão do contraditório no inquérito civil

O inquérito civil é procedimento administrativo inquisitorial que não se sujeita ao contraditório e à ampla defesa¹⁰.

A essência do inquérito civil é a reunião de informações e documentos para formar a convicção do órgão de execução do Ministério Público quanto à adoção

¹⁰ Nesse sentido, aliás, é o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça [Cf. STJ, REsp. 476.660, 2ª T, j. 20/05/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 02/08/2005; STJ, REsp. 644.944, 2ª T, j. 17/02/2005. Disponível em <http://ww.stj.gov.br>. Acesso em 02/10/2005].

ou não de alguma medida judicial ou extrajudicial. Não se trata de processo administrativo porque no inquérito civil não há qualquer formalização de imputação de que possa resultar alguma consequência jurídica de natureza sancionatória. Assim, não tem sentido se exigir o contraditório e a ampla defesa no inquérito civil.

Isso, contudo, não significa que o órgão de execução deve negar ao investigado, peremptoriamente, acesso ao inquérito civil. Aliás, ressalvadas as hipóteses de imposição de sigilo, o fato de o investigado ter conhecimento do conteúdo do inquérito civil é positivo, notadamente porque oportuniza a apresentação de esclarecimentos e documentos para melhor formação do convencimento do órgão do Ministério Público quanto aos fatos e ao próprio elemento subjetivo do comportamento administrativo do investigado. Além disso, essa providência permite o conhecimento antecipado de argumentos que eventualmente poderão ser apresentados na fase preliminar em futura ação de improbidade administrativa.

Por isso, então, é conveniente que o órgão de execução presidente do inquérito civil determine a cientificação do investigado a fim de que, querendo, preste os esclarecimentos e apresente os documentos que entender necessários a respeito do objeto da investigação.

1.7 O problema do arquivamento implícito

Uma vez concluída a atividade de investigação, o órgão de execução, caso resultar convencido da inexistência de fundamentos fáticos ou jurídicos para o ajuizamento de alguma medida judicial, deve promover o imediato arquivamento do inquérito civil, remetendo-o ao Conselho Superior do Ministério Público no prazo de 3 (três) dias¹¹, conforme dispõe a norma do art. 9º da Lei 7.347/85.

Uma particularidade freqüente nos inquéritos civis destinados a verificação de atos de improbidade administrativa, de violação aos princípios da Administração Pública e de danos ao patrimônio público é a pluralidade de fatos no

¹¹ A norma do art. 16, § 1º, do Provimento 55/2005, estabelece que o prazo deve ser contado da comprovação da efetiva cientificação pessoal do investigado ou, quando não localizado, da lavratura de afixação do aviso na Promotoria de Justiça.

objeto da investigação. Isso pode ser rastreado com bastante facilidade nos relatórios do Tribunal de Contas do Estado remetidos aos órgãos de execução do Ministério Público, que, não poucas vezes, relacionam um sem-número de fatos apontados como irregularidades. Além disso, algumas vezes, a autoria do fato objeto da investigação é plúrima, havendo possibilidade de atribuição de responsabilidade para uma ou mais pessoas.

Nesses casos, contudo, nem sempre, a conclusão da investigação é no sentido do ajuizamento de uma ação civil pública em relação a todos os fatos da investigação ou em face de todos aqueles possíveis autores cogitados no inquérito civil. O órgão de execução, ao final do inquérito civil, pode, por exemplo, resultar convencido que somente dois, dos cinco fatos da investigação, caracterizam improbidade administrativa ou que, somente três, dos cinco investigados, participaram no fato que deu causa a dano ao patrimônio público. Em algumas vezes, a conclusão da investigação é no sentido do arquivamento da investigação, mas o órgão de execução deixa de manifestar-se diretamente a respeito da integralidade do objeto da investigação. Nessas hipóteses, a falta de arquivamento quanto à parte da investigação que não foi objeto da ação civil pública ou a omissão da promoção de arquivamento quanto a uma parte da investigação constitui o que se tem denominado de arquivamento implícito.

Assim, as hipóteses de arquivamento implícito podem ser estruturadas tanto a partir de uma *i*) promoção de arquivamento como do *ii*) ajuizamento de uma ação civil pública. No primeiro caso, tem-se o arquivamento implícito direto, que ocorre quando a promoção de arquivamento deixa de examinar diretamente alguns dos fatos da investigação ou não se refere expressamente à responsabilidade de todos os possíveis autores do fato investigado; no segundo caso, tem-se o arquivamento implícito indireto, que ocorre quando o órgão de execução promove a competente ação civil pública, mas a petição inicial não inclui todos os fatos da investigação ou todos aqueles que foram indicados como possíveis autores dos fatos.

O sistema da Lei 7.347/85 e do Provimento 55/2005 rejeita o arquivamento implícito em qualquer uma de suas modalidades.

A norma do art. 19 do Provimento 55/2005 trata apenas da hipótese em que o objeto da investigação é integrado por dois ou mais fatos, estabelecendo, então, que o órgão de execução deve apreciar os fatos de modo individualizado, de sorte a se manifestar tanto em relação à parte que promove o ajuizamento da medida judicial como em relação à parte em que entende inexistente qualquer fundamento fático ou jurídico para adotar alguma providência jurisdicional. Desse modo, se o órgão de execução promove alguma medida judicial somente em relação a um dos fatos da investigação, em relação ao outro deverá promover o arquivamento, segundo o modelo das normas do art. 16 do Provimento 55/2005. Nesse caso, o órgão de execução deve determinar a cisão do procedimento, a fim de que uma parte seja destinada a instruir a petição inicial da demanda proposta e a outra sirva para instrumentalizar o fato objeto da promoção de arquivamento. Caso, eventualmente, melhor avaliação dos fatos isto permitir, o órgão de execução deve determinar a duplicação do procedimento mediante a extração de fotocópias.

Muito embora a norma do art. 19 refira-se somente ao arquivamento implícito indireto, não deve haver dúvida no sentido de que a sua normatividade abrange também os casos de arquivamento implícito direto. O que deve ser compreendido é que o modelo normativo da Lei 7.347/85 e o próprio sistema do Provimento 55/2005 rejeitam qualquer hipótese de arquivamento implícito, pois não é admissível que parte do objeto da investigação não integre a decisão do órgão de execução. Ao determinar o arquivamento de um procedimento, o órgão de execução deve examinar detalhada e integralmente o objeto da investigação, manifestando-se expressamente sobre todos os fatos e responsabilidades dos autores desses fatos. Na verdade, se essa análise não se dá, não se tem propriamente um arquivamento implícito, mas um arquivamento pela metade, pois o órgão de execução não promoveu o arquivamento do procedimento quanto a uma parte da investigação.

1.8 O compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso de ajustamento de conduta constitui-se em importante alternativa para a proteção do patrimônio público, da ordem jurídica e da probidade administrativa.

A celebração do compromisso de ajustamento de conduta pelo órgão de execução do Ministério Público pode encontrar lugar nas hipóteses em que são exigíveis determinados comportamentos do administrador público, como, por exemplo, aplicar percentual especificado da receita em favor dos serviços de saúde¹²; controlar as hipóteses de concessão e a prestação de contas de diárias a vereadores¹³; não-contratar servidores públicos temporários, ressalvadas as hipóteses de comprovada situação de emergência e transitoriedade e de exonerar os servidores contratados temporariamente sem a caracterização da hipótese de excepcional interesse público, conforme cronograma estabelecido previamente¹⁴; redução de cargos em comissão para, exclusivamente, as funções de chefia, de coordenação e de assessoramento¹⁵, etc.

O que essas hipóteses deixam saber é que o compromisso de ajustamento de conduta é uma alternativa viável à adequação do comportamento do administrador público ao Direito e, desse modo, extremamente importante para prevenir atos contrários à ordem jurídica.

De qualquer modo, é necessário destacar que mesmo o ato administrativo ancorado em compromisso de ajustamento de conduta, poderá ser sindicado judicialmente pelo Ministério Público, em caso de irregularidade – isso deve ser destacado porque tem se revelado comum a edição de atos administrativos em que se invoca, explicitamente, como fundamento “legal”, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta com o Ministério Público, apresentado, então, como uma espécie de precedente vinculante ou norma no sentido *lato*. A respeito disso, é conveniente que o administrador público seja orientado a evitar esta prática,

¹² Conforme compromisso de ajustamento de conduta celebrado pelo Promotor de Justiça Ricardo Schinestski Rodrigues com o Município de Nova Prata. Disponível em <http://www.intra.mp.rs.gov.br.caocivel>. Acesso em 10/04/2006.

¹³ Conforme compromisso de ajustamento de conduta celebrado pela Promotora de Justiça Roberta Brenner de Moraes com a Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul. Disponível em <http://www.intra.mp.rs.gov.br.caocivel>. Acesso em 10/04/2006.

¹⁴ Conforme compromisso de ajustamento de conduta celebrado pela Promotora de Justiça Camile Balzano de Mattos com o Município de Canguçu. Disponível em <http://www.intra.mp.rs.gov.br.caocivel>. Acesso em 10/04/2006. A respeito disso, ver, ainda, o Of. Círc. Gab. 742/2005, da Procuradoria-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.intra.mp.rs.gov.br.caocivel>. Acesso em 10/04/2006.

¹⁵ Conforme compromisso de ajustamento de conduta celebrado pelo Promotor de Justiça Márcio Schenato com o Município de Colorado. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br.caocivel>. Acesso em 10/04/2006.

esclarecendo-se sobre a natureza e dimensão eficaz do termo de compromisso celebrado com o Ministério Público.

É interessante destacar que a celebração de compromisso de ajustamento de conduta em nada contraria a norma do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, pois essa normalização veda a transação no âmbito da ação de improbidade administrativa proposta, dada indisponibilidade do objeto do processo.

Uma questão bastante interessante a ser analisada é se encontra justificção racionalmente rastreável no ordenamento jurídico a celebração de compromisso de ajustamento de conduta em que o compromissário reconhece a prática de ato de improbidade administrativa e, além disso, aceita submeter-se as sanções previstas na Lei 8.429/92¹⁶. Em princípio, a partir do que sugere a norma do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, que veda a transação na ação de improbidade administrativa, ante a indisponibilidade do objeto do processo, a conclusão deve ser a de que um compromisso de ajustamento de conduta com esse objeto não é juridicamente possível.

Contudo, sob o ponto de vista da efetividade da atuação dos órgãos de execução do Ministério Público e da própria normatividade da Lei de Improbidade Administrativa, não se pode negar que a celebração de compromisso de ajustamento de conduta é uma alternativa interessante. Ora, se após concluída a investigação pelo órgão de execução do Ministério Público, o próprio investigado e iminente réu de uma ação de improbidade administrativa, independentemente de qualquer pronunciamento jurisdicional, expressamente reconhece a prática de ato de improbidade administrativa e aceita submeter-se as sanções previstas na Lei 8.429/92, a conclusão a que se pode chegar é a de que não haveria justificativa prática à celebração do compromisso de ajustamento, especialmente se considerada a possibilidade de assunção das conseqüências de ressarcimento do dano, de perdas dos bens havidos ilicitamente e de pagamento de multa. As sanções restritivas de direitos como a proibição de contratar, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, sem embargo de opinião em sentido contrário, não poderiam ser objeto de composição. Diversamente, parece não

¹⁶ Não se desconhece a dificuldade de concretização dessa hipótese, pois é bastante incomum a situação de alguém reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e, ainda, aceitar submeter-se às

haver óbice a que alguém, livre e conscientemente, reconheça que infringiu a probidade administrativa e, em função disso, assuma conseqüências patrimoniais do seu comportamento – não se trataria propriamente da imposição de sanções, mas da assunção de deveres de ressarcir o dano, de entregar os bens havidos ilicitamente à pessoa jurídica do Direito público lesada e de pagar a multa. Aliás, em favor da concretização dessa possibilidade no Direito administrativo sancionador, pode-se observar que no próprio Direito penal há a possibilidade de transação.

De qualquer sorte, essa questão é aqui apresentada para reflexão e amadurecimento, pois muitos aspectos a seu respeito ainda precisam ser discutidos e melhor analisados. A primeira questão a ser superada é a própria vedação à transação prevista na norma do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92. Ainda que essa norma tenha como pressuposto o já ajuizamento da ação de improbidade administrativa, não se pode desprezar a acerto do argumento de que se no curso da demanda não é juridicamente possível a transação, com mais razão, isso também não é admissível antes da proposição da demanda. Outra questão a ser superada está relacionada ao controle do compromisso de ajustamento de conduta e os seus efeitos em relação aos outros legitimados para a ação de improbidade administrativa. Caso celebrado o compromisso de ajustamento de conduta com um órgão de execução do Ministério Público, não poderia o Conselho Superior do Ministério Público entender que as sanções restritivas de direitos também deveriam ser aplicadas e, por isso, determinar o ajuizamento da ação de improbidade administrativa? E, ainda nessa linha de entendimento, não poderia, por exemplo, o Município, pessoa jurídica de direito público lesada, pretender ver aplicadas ao autor do ato de improbidade administrativa as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública? Além disso, caso celebrado o compromisso de ajustamento de conduta pelo próprio Município lesado, não poderia o órgão de execução do Ministério Público ainda pretender ver aplicadas ao compromissário as outras conseqüências do ato de improbidade administrativa? Não se pode esquecer que, tendo sido celebrado o compromisso de ajustamento no sentido aqui cogitado, houve o reconhecimento do ato de improbidade administrativa pelo compromissário. Assim, o caminho para a procedência de eventual ação de improbidade administrativa a ser eventualmente proposta pelo Ministério Público ou pelo Município lesado já estaria bem trilhado.

sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, aqui, preferiu-se não desprezar essa hipótese.

Por isso mesmo, até que essas questões sejam consistentemente superadas, parece não haver caminho seguro para a efetiva concretização da alternativa de celebração de compromisso de ajustamento de conduta para fins de reconhecimento de improbidade administrativa e de assunção das conseqüências previstas na Lei 8.429/92.

1.9 A recomendação

A possibilidade de o órgão de execução expedir recomendação encontra justificação na norma do art. 129, II, da Constituição Federal, segundo a qual é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Nessa linha, a norma do art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/93, deixa saber que incumbe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, cabendo-lhe expedir recomendações dirigidas aos órgãos da administração pública estadual ou municipal, aos concessionários e permissionários dos serviços públicos estaduais ou municipais e a entidades que exerçam funções delegadas do Estado ou do Município ou executem serviços de relevância pública. No mesmo sentido, dispõe a norma do art. 56, parágrafo único, da Lei Estadual 6.536/73¹⁷, e a norma do art. 29, *caput*, do Provimento 55/2005.

A recomendação justifica-se como medida destinada à adequação do comportamento dos agentes públicos aos princípios informadores da Administração Pública que estão previstos na norma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Em grande medida, a recomendação expedida por um órgão de execução do Ministério Público tem em mira prevenir a prática de atos contrários ao Direito e, também, instar os agentes públicos e políticos a corrigirem eventuais desvios administrativos.

Outro aspecto positivo da recomendação é que não será dado ao destinatário alegar, em eventual ação civil pública que vier a responder, o

¹⁷ Lei Estadual do Rio Grande do Sul.

desconhecimento do comportamento administrativo exigido. A respeito disso, merece registro recente precedente de recomendação expedida pelo Ministério Público, sugerindo ao Prefeito Municipal de Gravataí o reconhecimento da inconstitucionalidade dos contratos emergenciais e temporários firmados pelo Poder Executivo para o exercício de funções permanentes, sem a caracterização de necessidade temporária e de excepcional interesse público. Na hipótese, o órgão de execução do Ministério Público considerou o fato de que o Município dispunha de dois concursos públicos com validade e com candidatos aprovados e passíveis de nomeação para os cargos cujas funções estavam sendo desempenhadas por pessoal contratado por tempo determinado, não se justificando, por isso, a prática de contratações temporárias e emergenciais. Desse modo, restou perfeitamente demonstrada a violação aos arts. 8º, *caput*, I e IV, e 20, *caput*, da Constituição Estadual, além do disposto na norma do art. 37, II e IX, da Constituição Federal. Diante do desinteresse e da completa inércia do Poder Executivo, o Ministério Público promoveu a competente ação civil pública, caracterizando, sem mais, o elemento subjetivo do desvio aos princípios informadores da Administração Pública pela antecedência da recomendação¹⁸.

¹⁸ A recomendação foi expedida pelo Promotor de Justiça Daniel Martini. Disponível em: <http://www.intra.mp.rs.gov.br/caocivel>. Acesso em 01/03/2006.

2. A improbidade administrativa

A Lei da Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92 – constitui-se no modelo normativo da defesa da probidade administrativa, definindo o que se deve entender por ato de improbidade administrativa e também aqueles que podem ser sujeitos ativos ou passivos de improbidade administrativa. Além disso, a Lei 8.429/92 estabeleceu um catálogo de sanções a serem aplicadas aos autores dos atos de improbidade administrativa.

O que se pretende aqui, em apertada síntese, é destacar alguns aspectos da Lei da Improbidade Administrativa em relação aos sujeitos, à tipologia dos atos de improbidade administrativa e às sanções.

2.1 Os sujeitos

A normalização da probidade administrativa dispõe sobre os sujeitos dos atos de improbidade nos art. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/92, disciplinando, respectivamente, quanto aos sujeitos passivos, aos sujeitos ativos e aos terceiros que, embora não sendo agentes públicos, concorrem para a prática do ato de improbidade.

Nessa linha, então, os sujeitos passivos de improbidade administrativa podem ser a administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; a empresa incorporada ao patrimônio público ou a entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e a entidade pública provedora de entidade para cuja criação ou custeio haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Recebendo a entidade contribuição maior que cinquenta por cento de seu patrimônio ou receita anual, aplica-se a norma do art. 1º, *caput*, da Lei 8.429/92. Nesse ponto merece ser observado que o benefício ou incentivo recebido pela entidade deve ser analisado com cuidado, pois uma leitura literal do dispositivo levaria a considerar como sujeitos passivos todas as empresas que recebam algum tipo de isenção fiscal

genérica. O benefício ou incentivo fiscal ou creditício deve estar vinculado a algum interesse público específico, como, por exemplo, empresa que receba isenção de taxas ou impostos para se estabelecer no Município.

É nesse ponto que se encaixam todas as entidades que recebem alguma espécie de benefício ou incentivo do Poder Público, como as sociedades civis de interesse público, as organizações sociais, as chamadas entidades do terceiro setor.

Os Partidos Políticos, embora sejam entidades privadas, recebem recursos do Fundo Partidário, que é composto por recursos públicos, portanto, seus dirigentes poderão estar ao alcance da Lei 8.429/92, pelo mau uso desses valores.

A respeito dos sujeitos passivos de improbidade administrativa, merece destaque precedente recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual se entendeu que a Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos do Rio Grande do Sul, mesmo sendo fundação de direito privado, porque instituída pelo poder público e subordinada à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado e ao controle administrativo do Poder Executivo, não está excluída do catálogo do art. 1º, *caput*, da Lei 8.429/92¹⁹.

O catálogo de sujeitos ativos de ato de improbidade administrativa é bastante extenso, notadamente a partir do que dispõe a norma do art. 2º, da Lei 8.429/92, devendo-se concluir que pode responder por improbidade administrativa todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente e sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas na disposição legal. Assim, além do administrador e dos servidores públicos, são considerados agentes públicos, para efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, também os administradores, empregados e contratados por entidades privadas que tenham recebido verbas públicas, diretamente ou sob a forma de incentivos fiscais. A respeito disso, deve-se acrescentar que os empregados de concessionárias de serviço público podem ser autores de atos de improbidade administrativa, pois se trata do exercício de função

¹⁹ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70008324436, 22ª C. Civ., j. 23/02/2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 06/04/2006.

pública. Por isso, então, podem responder por improbidade administrativa os agentes políticos²⁰, os agentes particulares colaboradores, os notários, os agentes públicos, os

²⁰ Nesse ponto, merece registro a pendência do julgamento da Reclamação 2.138-9 pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de reclamação apresentada pela União em face do Juiz da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal que condenou Ronaldo Mota Sardenberg, Ministro de Estado, à suspensão dos direitos políticos em ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal. A reclamação está fundamentada na usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar Ministro de Estado por crime de responsabilidade, processando o agente político com base na Lei de Improbidade Administrativa nas instâncias ordinárias. Isso significa dizer que Ministro de Estado, por ser agente político, não responde por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade. Um primeiro aspecto a ser considerado é que o julgamento pressupõe o entendimento de que os atos de improbidade administrativa e as infrações político-administrativas, entendidas como crimes de responsabilidade, se confundem. Os atos de improbidade são entendidos como crimes de responsabilidade. Chega-se a afirmar que “a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade”. Outro pressuposto fundamental para a compreensão do julgamento é destacar que os agentes políticos e os demais agentes públicos estão sujeitos a regimes diferentes de responsabilidade. Os agentes políticos, isto é, aqueles componentes dos primeiros escalões do governo, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por eleição, nomeação, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais e que têm plena liberdade funcional, exercendo “funções governamentais, judiciais ou quase-judiciais”, estão sujeitos a um regime especial de responsabilidade e não à Lei de Improbidade Administrativa. Assim, têm-se estes dois enunciados: i) os atos de improbidade administrativa se identificam com os crimes de responsabilidade ou, mais propriamente falando, com as infrações ou delitos político-administrativos; ii) os agentes políticos estão sujeitos a um regime especial de responsabilidade, diferente dos demais agentes públicos. A partir desses enunciados, chega-se a conclusão de que o regime especial a que estão submetidos os agentes políticos não é o da lei da improbidade administrativa, mas o regime especial dos crimes de responsabilidade da Lei 1.079/50. É interessante acrescentar que essa normalização dispõe, em seu art. 2º, que os crimes nela definidos são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, a ser imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República. Da norma do art. 4º, V, da Lei 1.079/50, retira-se que constituem crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos atentatórios à probidade administrativa. A norma do art. 9º apresenta um catálogo de fatos constitutivos de crimes de responsabilidade contra a probidade na administração. O art. 85, V, da Constituição, que apresenta um catálogo de crimes de responsabilidade do Presidente da República muito próximo dos referidos no art. 4º da Lei 1.079, dispõe que constituem crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a probidade administrativa. A competência para processar e julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade é do Senado Federal, conforme o art. 52, I, da Constituição. Da norma do art. 13 da Lei 1.079/50 retira-se que são crimes de responsabilidade dos Ministros de Estados os atos assim definidos pela Lei 1.079/50. O art. 40 refere-se aos crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República e o art. 40A, acrescentado pela Lei 10.028/00, refere-se aos demais agentes políticos como o Advogado-Geral da União, os Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de funções de chefias. A competência para o julgamento dos Ministros de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, dos membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e dos chefes de missões diplomáticas em caráter permanente é do Supremo Tribunal Federal, conforme a norma do art. 102, I, c, da Constituição. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, conforme a norma do art. 105, I, a, da Constituição, processar e julgar os crimes de responsabilidade praticados por Desembargadores estaduais, federais e do distrito federal, membros dos Tribunais de Contas estaduais e do Distrito Federal e por membros do Ministério Público da União que oficiem perante os tribunais superiores. A norma do art. 74 da Lei 1.079/50 dispõe que constituem crimes de responsabilidade dos Governadores estaduais ou dos Secretários estaduais, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes na própria Lei 1.079/50. A respeito, deve-se verificar a Lei 7.106/83. Assim, o que o julgamento sugere é que os agentes políticos sujeitos ao regime de responsabilidade da Lei 1.079/50 estão excluídos da responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa definido pela Lei 8.429/92. Essa normalização, portanto, somente se aplica aos demais agentes públicos. Argumenta-se que entendimento em sentido contrário, isto é, a submissão dos agentes políticos à lei da improbidade administrativa implicaria ab-rogação das normas de

agentes de fato, os agentes meramente particulares, pessoas jurídicas e terceiros colaboradores.

Aliás, o terceiro, mesmo não sendo agente público, que induz ou concorre para a prática de atos de improbidade administrativa, ou dele se beneficie de qualquer forma, pode ser sujeito ativo de improbidade administrativa, conforme a norma do art. 3º da Lei 8.429/92. Depreende-se, portanto, que, se não houver a participação de agente público na prática do ato, não cabe se imputar ao terceiro a responsabilidade por atos de improbidade administrativa, como, por exemplo, no caso do participante de licitação que pratique ato fraudulento no certame, sem a concorrência de agente público –, persistindo, apenas, a responsabilidade civil genérica pelo ato ilícito, conforme a norma dos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002 e, ainda, a responsabilidade penal, a par de eventuais sanções administrativas.

2.2 A tipologia da improbidade administrativa

As normas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 dão conta dos tipos de improbidade administrativa, apresentando um catálogo meramente exemplificativo do que se deve entender por improbidade administrativa.

Esse modelo normativo estrutura os atos de improbidade administrativa em três categorias.

competência estabelecidas na Constituição para o julgamento dos crimes de responsabilidade. Considerado o próprio caso objeto do julgamento da Reclamação, admitir-se que um Ministro de Estado possa ser réu, em ação de improbidade administrativa, proposta perante o primeiro grau de jurisdição implicaria ab-rogação da norma do art. 102, I, c, da Constituição, segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal julgar os Ministros de Estado pela prática de delito político-administrativo. Aliás, nessa linha de pensamento, toda a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os Ministros de Estados, os Comandantes da Marinha, do Exército, da Aeronáutica, os membros dos tribunais superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente estaria esvaziada. Em linhas gerais, isso traduz o conteúdo essencial do que até agora se entendeu no julgamento da Reclamação 2.138-9 pelo Supremo Tribunal Federal. Até o presente momento, já se manifestaram nessa linha os Ministros Nelson Azevedo Jobim, Gilmar Ferreira Mendes, Ellen Gracie, Maurício Correia, Ilmar Galvão e Cezar Peluso. O Ministro Carlos Velloso, votou em sentido contrário, sustentando que os agentes políticos estão sujeitos ao regime da Lei de Improbidade Administrativa. O Ministro Joaquim Barbosa, na sessão de 14/12/2005, pediu vista dos autos, encontrando-se nessa fase o julgamento da Reclamação 2.138-9 [Cf. STJ, Rec. 2.138-9. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19/04/2006].

Em primeiro lugar, destaca-se os atos que importam enriquecimento ilícito, consistentes em qualquer tipo de vantagem patrimonial obtida indevidamente em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei 8.429/92. A experiência tem revelado que as hipóteses mais incidentes de improbidade administrativa desta categoria consistem nos comportamentos de utilização dos bens públicos – veículos e máquinas – para fins privados e na utilização da coisa pública ou da condição de agente público ou político para obtenção de vantagem indevida, como, por exemplo, a exigência de propina para facilitar a aprovação de um projeto em um determinado órgão da Administração Pública. Um aspecto a ser destacado quanto a essa categoria de improbidade administrativa é que a sua caracterização não está condicionada à existência de dano ao erário, mas tão-somente ao enriquecimento ilícito.

Em segundo lugar, estão os atos que importam dano ao erário, consistentes em qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da Lei 8.429/92. Nessa categoria, o agente da improbidade administrativa não auferir vantagem patrimonial indevida para si, mas atua de tal sorte a facilitar que terceiro obtenha ganho patrimonial indevido ou se comporta de modo a impor perda patrimonial ao erário. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente faz doações irregulares; permite a terceiros a utilização indevida de bens públicos – máquinas e veículos; pratica renúncia fiscal ou frustra a competitividade do processo de licitação ou dispensa indevidamente a licitação, tendo gerado prejuízo ao erário.

Por fim, a norma do art. 11 da Lei 8.429/92 cataloga, exemplificativamente, atos que importam violação aos princípios informadores da Administração Pública, como o da impessoalidade, da imparcialidade, da legalidade, da honestidade ou da lealdade às instituições. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente utiliza-se de sua condição de gestor público para beneficiar apadrinhados políticos como nos casos de contratações temporárias de servidores fora das hipóteses normativas autorizadas pela norma do art. 37, IX, da Constituição Federal.

O enquadramento de um determinado ato de improbidade administrativa em uma dessas categorias releva na medida em que é a partir da definição da tipologia

adequada que se define o feixe de sanções que deve ser aplicado. Assim, para o caso da prática de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito, devem ser aplicadas as sanções mais severas previstas na norma do art. 12, I, da Lei 8.429/92; tratando-se de ato de improbidade administrativa causador de dano ao erário, as sanções aplicáveis são as previstas na norma do art. 12, II, da Lei 8.429/92 e, para o caso da prática de ato de improbidade consistente na violação aos princípios da Administração Pública, as sanções são as estabelecidas na norma do art. 12, III, da Lei 8.429/92.

Além das hipóteses normativas estabelecidas exemplificativamente nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, considera-se improbidade administrativa a prática de condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, conforme dispõe a norma do art. 73, § 7º, da Lei 9.504/97. Igualmente considera-se improbidade administrativa a prática de condutas, pelo Prefeito Municipal, que atentam contra as disposições do Estatuto da Cidade, conforme estabelece a norma do art. 54 da Lei 10.257/01.

2.3 O elemento subjetivo

A caracterização do elemento subjetivo constitui-se em um dos mais controvertidos aspectos da responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa. Uma vez que não é admissível a responsabilidade objetiva, somente se pode falar em improbidade administrativa caso suficientemente demonstrada a existência de vínculo subjetivo entre o agente e o ato praticado, é dizer, caracterizada a existência de dolo ou culpa.

Assim, a responsabilidade a título de improbidade administrativa é sempre subjetiva, exigindo a comprovação de que o agente atuou com dolo ou culpa. Por isso, então, não basta se demonstrar que ocorreu um ato de improbidade administrativa no âmbito da administração do Município para que o Prefeito Municipal ou o ordenador da despesa seja responsabilizado pela sua ocorrência. É preciso demonstrar que o agente ao qual se imputa a responsabilidade tenha participado intencionalmente da prática do ato, por conduta omissiva ou comissiva, ou que, por imprudência, negligência ou imperícia, tenha dado causa a lesão ao erário.

Sem embargo dessa orientação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra interessante precedente no sentido de que “o ato de improbidade administrativa é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa”. É interessante observar que o Superior Tribunal de Justiça, nessa decisão, cuidou de um caso de “contratação de centenas de servidores para prestação de serviços supostamente emergenciais na Administração Municipal”, sem que houvesse qualquer sinalização de realização de concurso público para preenchimento de cargos de provimento efetivo no transcorrer de todo o mandato do Prefeito Municipal. Em essência, o que essa decisão sugere é que à caracterização de improbidade administrativa é suficiente a constatação objetiva do ato de improbidade administrativa, independentemente da má-fé do agente. No caso, entendeu-se caracterizado ato de improbidade administrativa porque violados os princípios informadores da Administração Pública, notadamente os princípios da legalidade e da moralidade²¹.

De qualquer sorte, ressalvado o entendimento sugerido nesse precedente, é assente a orientação no sentido de que as hipóteses inseridas no catálogo das normas dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 só configuram ato de improbidade administrativa se o agente atuar dolosamente, estando excluída a responsabilidade por culpa. As hipóteses do art. 10 da 8.429/92 admitem a responsabilidade da improbidade administrativa por dolo e culpa.

O dolo da improbidade administrativa é “a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo”²², admitindo-se, portanto, o dolo eventual. Em termos gerais, na maioria dos casos, o elemento subjetivo vai se manifestar pela má-fé do agente, que atua com a intenção de enriquecer ilícitamente, de propiciar que o terceiro obtenha vantagem indevida, de causar dano ao erário ou de burlar determinado princípio da Administração Pública. Nesses casos, a responsabilidade por improbidade administrativa está condicionada à demonstração de que o agente agiu de maneira conscientemente desonesta, com o

²¹Cf. STJ, REsp. 708.170, 1ª T., j. 06/12/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2006. O reconhecimento de improbidade administrativa, independentemente de prejuízo ao erário, de dolo ou culpa do administrador, pode ser rastreado em outras decisões do Superior Tribunal de Justiça [Cf. REsp. 261.691, 2ª T., j. 28/05/2002, DJU 05/08/2002 e REsp. 439.280, 1º T., DJU 16/06/2003].

propósito de enriquecer ilicitamente, de impor perda patrimonial ao erário ou de infringir os princípios informadores da Administração Pública.

O dolo da hipótese normativa de improbidade administrativa constante no catálogo exemplificativo da norma do art. 9º da Lei 8.429/92 é o dolo de obter vantagem patrimonial ilícita. A norma do art. 9º, I, da Lei 8.429/92, por exemplo, requer que o agente tenha ciência de que está recebendo vantagem ilícita. Do mesmo modo, a norma do art. 9º, II, da Lei 8.429/92, exige que o agente tenha conhecimento de que o bem está sendo adquirido em valor além do praticado no mercado.

Na hipótese do art. 10 da Lei 8.429/92, quando o enriquecimento ilícito não se dá em favor do agente, mas pode se dar em favor de terceiros, o dolo está caracterizado na intenção do agente de causar prejuízo ao erário ou assumir o risco de fazê-lo, normalmente com o objetivo de obter para outrem alguma vantagem. É o caso, por exemplo, do agente político que, em prejuízo ao erário, propicia vantagem indevida a terceiro para, posteriormente, em troca, receber doações para campanha eleitoral. Nessa hipótese, a caracterização da improbidade administrativa está condicionada a que o agente tenha agido conscientemente, conhecendo as conseqüências de seu comportamento para o erário.

Uma questão que merece destaque é a possibilidade de caracterização de improbidade administrativa por culpa do agente, conforme se pode retirar da norma do art. 10, *caput*, da Lei 8.429/92. A respeito disso, há quem entenda que o comportamento culposo do agente não é compatível com a essência da improbidade administrativa que pressupõe a desonestidade e a violação consciente dos princípios éticos e jurídicos que informam o agir do administrador público²³. Além disso, sustenta-se a inconstitucionalidade da norma do art. 10 da Lei 8.429/92, sob o argumento de que a modalidade de improbidade culposa não está incluída no preceito constitucional²⁴. Contudo, prevalece o entendimento de que “não há incompatibilidade entre

²² Cf. GARCIA, Emerson; PACHECO Rogério Alves. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 215.

²³ Cf. ALMEIDA PRADO, Francisco Octávio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 97-98.

²⁴ Cf. ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; REZENDE, Pedro Paulo de. (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108.

desonestidade e culpa”²⁵, de tal sorte que é possível a responsabilidade por atos de improbidade administrativa a título culposo nos casos do art. 10 da Lei 8.429/92 – atos de improbidade que importam em dano ao erário.

O exame dessa questão requer, antes, a compreensão da distinção entre a hipótese de responsabilidade pelo ressarcimento de dano ao erário prevista na norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e, também, na norma do art. 5º da Lei 8.429/92, das hipóteses de responsabilidade por ato de improbidade administrativa que importam em dano ao erário, previstas na norma do art. 10 Lei 8.429/92. Somente nas últimas é que o ressarcimento do dano está vinculado à improbidade administrativa; nas outras, a responsabilidade pelo ressarcimento de dano ao erário nada tem com a improbidade administrativa. Aliás, a bem da verdade, o dever de reparação do prejuízo causado ao erário pode ser exigido do agente independentemente da caracterização da improbidade administrativa.

Na medida em que a caracterização da improbidade administrativa das hipóteses normativas do art. 10 da Lei 8.429/92 admite a modalidade culposa, deve ser investigado se o caso é de culpa em grau leve, médio ou grave. A respeito dessa questão, tem-se entendido que não é qualquer conduta culposa que estará apta a configurar improbidade administrativa, mas somente a culpa grave²⁶. Ao sujeito ativo de ato de improbidade administrativa não se aplica a responsabilização civil lastreada nos padrões comuns da culpa – ou culpa simples – , para a caracterização de infração culposa de qualquer das hipóteses de atos de improbidade administrativa elencadas na norma do art. 10 da Lei 8.429/92. Nessa esteira, a aplicação das sanções cominadas na Lei 8.429/92 somente poderá ser fundamentada em culpa grave.

Essa modalidade de culpa pode ser decomposta em três elementos positivos e dois negativos. Os elementos positivos são i) a gravidade excepcional, de

²⁵ Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 301. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça podem ser rastreados precedentes com referência expressa ao elemento subjetivo culpa [Cf. TJRS, Ap. Civ. 70005259478, 3ª CC, j. 05/06/2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 03/03/2007; Cf STJ, REsp. 708.170, 2ª T., j. 06/12/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 03/03/2007]

²⁶ Cf. FAZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2003, p.118; Cf. BRITO DOS SANTOS, Carlos Frederico. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.42.

modo a ultrapassar o que comumente ocorre, mesmo no âmbito das falhas; *ii*) a consciência do perigo exposto; e *iii*) o caráter voluntário do ato ou da omissão, que não pode ser fruto de simples inadvertência. Os elementos negativos são *i*) a falta da intenção de provocar o dano: se há intenção o caso é de dolo e não de culpa grave; e *ii*) a ausência de toda e qualquer causa justificadora para exposição ao risco extraordinário²⁷.

Assim, conclui-se que no caso de dano ao erário causado por culpa não grave – culpa leve ou culpa média – o inquérito civil deverá servir de base para ação de ressarcimento do dano causado ao erário, a ser movida contra o administrador, considerando que somente a culpa grave pode ensejar ato de improbidade administrativa na modalidade culposa. Havendo a culpa grave, o inquérito civil, então, servirá de base para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, em que será formulado o pedido de reparação do dano, como uma das conseqüências da declaração do ato como ímprobo.

Na hipótese normativa do art. 11 da Lei 8.429/92, na qual a conduta que se imputa ao agente é a violação a princípios da Administração Pública – deveres de honestidade, de imparcialidade, de legalidade e de lealdade às instituições –, a caracterização do dolo deve ficar demonstrada na clara intenção específica do agente, consubstanciada na “especial vontade de violação da lei”²⁸.

É isso que a norma do art. 11, I, da Lei 8.429/92, sugere quando se refere à prática de ato visando fim proibido em lei. Assim também, por exemplo, na hipótese de o Prefeito Municipal efetuar a contratação temporária de servidores para a situação que não se enquadra na hipótese da autorização constitucional do art. 37, IX, da Constituição Federal, a caracterização do dolo está sujeita à demonstração de alguma motivação específica. Nesse caso, deve ser evidenciado que o agente político pretendeu, realmente, violar o princípio da impessoalidade, privilegiando determinadas pessoas. Em algumas situações, pode haver o dolo do Prefeito Municipal quando realiza a

²⁷ Cf. Dupeyeux, citado por THEODORO JR. Humberto. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil comum*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 41-42.

²⁸ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70008529422, 22ª C. Civ., j. 20/04/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 03/03/2006; Cf. TJRS, Ap. Civ. 70008752396, 22ª C. Civ., j. 29/06/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 03/03/2007.

contratação temporária de servidores públicos, violando o princípio constitucional da investidura do servidor em cargo público mediante concurso, mas não o ânimo desonesto de manipular politicamente os servidores contratados temporariamente. Não é por outra razão que se sustenta que a mera ilegalidade, por si só, não é suficiente para a caracterização da improbidade administrativa. Nesse sentido, observa Mello que a “violação à legalidade só constitui improbidade administrativa quando o ato ilegal tiver motivação que atente contra as pautas de moralidade administrativa (honestidade, lealdade, boa-fé, etc.), mesmo porque uma leitura literal do artigo tornaria inviável a administração pública”²⁹. Aliás, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há precedente no sentido de que não havendo enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, a simples inabilidade do administrador não constitui, por si só, improbidade administrativa nos casos das normas do art. 11 da Lei 8.429/92³⁰. A bem da verdade, a experiência tem mostrado que o dolo, principalmente nas hipóteses de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública, não é o dolo natural, consistente na vontade de praticar um determinado ato, mas aquele ato movido por ânimo de desonestidade, que infringe o princípio da boa-fé subjetiva³¹.

Por fim, quanto ao elemento subjetivo, não é demais observar que não há tentativa de improbidade administrativa, pois a lei especial não prevê instrumento de adequação típica a exemplo da norma do art. 14 do Código Penal. Sem embargo, muitos atos de improbidade são ilícitos civis de mera conduta, consumados independentemente da produção de resultados.

2.4 As sanções

As sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa estão definidas na norma do art. 12 da Lei 8.429/92, distribuídas em três grupos, conforme se trata de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, ato de improbidade administrativa que importa em prejuízo ao erário e ato de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública. É interessante observar que essas sanções são aplicáveis ao ato de improbidade administrativa

²⁹ Cf. MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa, considerações sobre a Lei 8.429/92. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 36, 1995, p. 175.

³⁰ Cf. STJ, REsp. 213.994, 1ª T., j. 17/08/1999. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2006.

independentemente das sanções penais, civis e administrativas, conforme expressamente dispõe a norma do art. 12, *caput*, da Lei 8.429/92. Aliás, a respeito do sancionamento dos atos de improbidade administrativa, a norma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, estabelece as sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

As sanções à prática de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, catalogados, exemplificativamente, na norma do art. 9º da Lei 8.429/92, estão previstas na norma do art. 12, I, da Lei 8.429/92, consistindo em: *i*) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente; *ii*) ressarcimento integral do dano; *iii*) perda da função pública; *iv*) suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos; *v*) pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial havido pelo agente; e *vi*) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo prazo de 10 (dez) anos.

As sanções à prática de atos de improbidade administrativa que importam dano ao erário, catalogados exemplificativamente na norma do art. 10 da Lei 8.429/92, estão previstas na norma do art. 12, II, da Lei 8.429/92, consistindo em: *i*) ressarcimento integral do dano; *iii*) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; *iii*) perda da função pública; *iv*) suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos; *v*) pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano; e *vi*) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

As sanções à prática de atos de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública, catalogados exemplificativamente na norma do art. 11 da Lei 8.429/92, estão previstas na norma do art. 12, III, da Lei 8.429/92, consistindo em: *i*) ressarcimento integral do dano; *ii*) perda da função pública; *iii*) suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos; *iv*) pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e *v*)

³¹ Ver GIACOMUZZI. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública...*, p. 239.

proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo prazo de 3 (três) anos.

2.4.1 O ressarcimento do dano

O primeiro aspecto a ser considerado é que o ressarcimento do dano é consequência da prática de ato ilícito do qual resulta perda patrimonial e não propriamente sanção³². Assim, independentemente da norma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e das normas do arts. 5º, 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, o agente que infligir perda patrimonial ao erário está sujeito ao dever de ressarcir o dano causado, até mesmo pelo que dispõe a norma do art. 189 do Código Civil de 2002.

Por essa razão, então, nas hipóteses em que a irregularidade administrativa não encontra adequação na tipologia das normas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, objetiva ou subjetivamente, mas há desfalque patrimonial do erário, o órgão de execução do Ministério Público pode propor a ação civil pública de ressarcimento do dano causado com base na norma do art. 189 do Código Civil de 2002.

De qualquer sorte, considerado o modelo normativo da Lei 8.429/92, sempre que do ato de improbidade administrativa resultar desfalque patrimonial ao erário, o agente deve ser condenado ao ressarcimento do dano. Na hipótese da norma do art. 10 da Lei 8.429/92, a caracterização do ato de improbidade administrativa está condicionada à existência de perda patrimonial.

2.4.2 A perda dos bens havidos ilicitamente

O que deve ser destacado é que essa sanção, aplicável nas hipóteses normativas das normas dos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92, está condicionada a que o agente tenha obtido acréscimo ilícito de bens como consequência da prática do ato de improbidade administrativa. Nesse caso, na própria sentença condenatória, deve ser determinada a reversão dos bens havidos ilicitamente em favor da pessoa jurídica de

³² É necessário destacar que esse enunciado não desconhece o *punitive damage* do Direito norte-americano.

direito público ofendida pela improbidade administrativa, conforme dispõe a norma do art. 18 da Lei 8.429/92.

Por isso mesmo, então, é correto dizer que a condenação a perda dos bens havidos ilicitamente não depende de que do ato de improbidade administrativa tenha resultado dano ao erário.

2.4.3 A perda da função pública

A aplicação da sanção da perda da função pública ao agente que pratica ato de improbidade administrativa encontra justificção racional na norma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e nas normas do art. 12, I, II e II, da Lei 8.429/92.

Essa sanção pode ser aplicada em qualquer uma das hipóteses de ato de improbidade administrativa previstas nas normas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92. Assim, o agente pode perder a função pública quer tenha praticado ato de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito quer tenha tão-somente violado os princípios da Administração Pública.

Em atenção à gravidade da sanção, a norma do art. 20 da Lei 8.429/92 condiciona a sua execução ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

2.4.4 A suspensão dos direitos políticos

A aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos ao agente que pratica ato de improbidade administrativa encontra previsão expressa na norma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Por seu lado, as normas do art. 12, I, II e II, da Lei 8.429/92, estabelecem o cabimento da sanção nas três categorias de atos de improbidade administrativa, fixando o período de 8 (oito) a 10 (dez) anos de suspensão dos direitos políticos para os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; de 5 (cinco) a 8 (oito) anos de suspensão dos direitos políticos para o atos de improbidade

administrativa que causam dano ao erário; e de 3 (três) a 5 (cinco) anos para os atos de improbidade administrativa de violação aos princípios da Administração Pública.

Esses elementos deixam evidenciado que o sistema sancionador estabelecido na Lei 8.429/92 pressupõe uma escala de gravidade das três categorias de improbidade administrativa, considerando mais graves as hipóteses normativas previstas na norma do art. 9º da Lei 8.429/92 e menos graves as hipóteses normativas estabelecidas na norma do art. 11 da Lei 8.429/92. Os atos de improbidade administrativa das hipóteses normativas da norma do art. 10 possuem, então, um grau médio de gravidade.

Outra observação a ser considerada é que a sanção de suspensão dos direitos políticos, do mesmo modo que a sanção da perda da função pública, somente pode ser executada depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A consequência da efetivação da sanção de suspensão dos direitos é que durante o tempo fixado na sentença condenatória o agente não poderá exercer os seus direitos políticos, não dispondo da capacidade eleitoral passiva e ativa. Por isso, então, não pode ser votado e tampouco votar. Não se deve confundir a sanção de suspensão dos direitos políticos, decorrente da prática de ato de improbidade administrativa, com a situação de inelegibilidade, que tem fundamentação diversa. Aliás, o inelegível perde apenas a capacidade para ser votado, mas não tem atingida a sua condição de eleitor.

Além disso, é necessário destacar que a suspensão dos direitos políticos impede o agente, pelo prazo fixado na sentença, de praticar todo e qualquer ato da vida civil que tenha como requisito a condição de cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos. Assim, por exemplo, o agente não poderá participar de concursos públicos ou exercer qualquer função pública.

2.4.5 A multa

A sanção de multa encontra fundamentação nas normas do art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, sendo admissível nas três categorias de atos de improbidade administrativa catalogados nas normas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Nesse ponto, o sistema sancionador da Lei de Improbidade Administrativa autoriza a condenação ao pagamento de multa de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido para os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito para o agente; de até 2 (duas) vezes o valor do dano ao erário, para os atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário; e de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente para os atos de improbidade administrativa de violação aos princípios da Administração Pública.

A multa não tem caráter ressarcitório e sim sancionatório, não admitindo qualquer forma de compensação.

2.4.6 A proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos

A sanção de proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos encontra fundamentação nas normas do art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, sendo admissível nas três categorias de atos de improbidade administrativa catalogados nas normas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Conforme se tratar de improbidade administrativa em que haja enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação de princípio da Administração Pública, a sanção restritiva do direito de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, será aplicada, respectivamente, pelo prazo de 10 (dez), 5 (cinco) e 3 (três) anos.

2.4.7 A questão da aplicação cumulativa de todas as sanções

A questão que se pretende examinar tem em mira a discussão a respeito da obrigatoriedade ou não de o agente ser condenado a todas as sanções correspondentes à modalidade de improbidade administrativa praticada. Assim, por exemplo, no caso de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública, a sentença deve condenar o réu a todas as sanções previstas na norma do art. 12, III, da Lei 8.429/92, ou, diferentemente, pode o órgão julgador condená-lo a apenas algumas delas, conforme seu convencimento?

A respeito dessa questão, sem embargo de opiniões em sentido contrário³³, prevalece na doutrina³⁴ e na jurisprudência³⁵ o entendimento no sentido de que a sentença pode aplicar apenas parte das sanções previstas à hipótese normativa de improbidade, assentado no princípio da proporcionalidade. Assim, por exemplo, nos casos de improbidade administrativa menos graves, a sentença pode limitar as sanções à de multa, desprezando as demais previstas para a hipótese normativa imputada.

2.5 A questão da prescrição da pretensão sancionadora

A prescrição da pretensão sancionadora é matéria regulada pelas normas do art. 23 da Lei 8.249/92.

Assim, tratando-se de imputação dirigida a quem exerceu mandato, cargo em comissão ou função de confiança, o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, contado do término do exercício do mandato, do cargo ou da função.

Caso se tratar de imputação dirigida contra quem detém cargo efetivo ou emprego público, o prazo prescricional é o previsto na lei específica do servidor público – federal, estadual ou municipal – para as faltas puníveis com a pena de demissão a bem do serviço público.

Uma questão que deve ser analisada, aqui, está relacionada às hipóteses em que os fatos puníveis com a pena de demissão a bem do serviço público constituem, também, ilícito penal. Nesses casos, as respectivas normalizações dos servidores públicos remetem o prazo prescricional da pretensão sancionatória disciplinar ao prazo prescricional da pretensão punitiva penal. É esse o modelo, por exemplo, da norma do

³³ Cf. GIACOMUZZI, *A moralidade administrativa e a boa-fé na administração pública...*, p. 303; Cf. MELLO. *Improbidade administrativa, considerações sobre a Lei 8.429/92...*, p. 180-181.

³⁴ Cf. ALMEIDA PRADO. *Improbidade administrativa...*, p. 153-152; FAZZIO JR.. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos...*, p. 288-289.

³⁵ Cf. STJ. REsp. 300.184, 2ª T., j. 04/09/2003; Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2007; Cf. STJ. REsp. 505.068, 1ª T., j. 09/09/2003; Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2007; Cf. STJ. Ag. Reg. Ag. 587322, 1ª T., j. 12/04/2005; Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2007; Cf. TJRS. Ap. Civ. 700011743762, 22ª C. Civ., j. 29/06/2005; Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2007; Cf. TJRS. Ap. Civ. 700011562766, 4ª C. Civ., j. 22/06/2005; Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006.

art. 142, § 2º, da Lei 8.112/91, que trata dos servidores públicos federais e, também, o modelo contido na norma do art. 197, IV, § 1º, do Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe que “quando as faltas constituírem, também, crime ou contravenção, a prescrição será regulada pela lei penal”. O que deve ser respondido é se o prazo prescricional de que se trata é calculado com base na pena abstratamente fixada ou na pena concretamente fixada na sentença condenatória. A respeito disso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul registra precedentes no sentido de que o prazo prescricional da ação de improbidade administrativa deve ser considerado a partir do prazo prescricional da pretensão punitiva abstratamente cominada, calculado conforme o modelo da norma do art. 109 do Código Penal³⁶. Esse entendimento encontra justificção racionalmente rastreável no argumento da autonomia e independência entre a jurisdição civil e a jurisdição criminal. Além disso, pode-se acrescentar que a “esfera administrativa é independente da penal, e, portanto, a condenação ou não do servidor público no processo-crime nenhuma influência positiva ou negativa exerce no processo disciplinar”, disso resultando que “a prescrição administrativa rege-se pela in abstracto”³⁷. O que deve ser considerado é que o condicionamento da fixação do prazo prescricional à pena cominada concretamente na sentença é inaceitável, pois remeteria a definição do prazo prescricional da ação disciplinar e da ação de improbidade administrativa ao julgamento definitivo da ação penal.

Em relação aos particulares que concorrem para a prática do ato de improbidade administrativa, Almeida Prado sustenta que o prazo prescricional é o previsto na norma do art. 23, I, da Lei 8.429/92³⁸. Esse argumento não encontra justificção racionalmente rastreável, devendo ser adotado o mesmo critério utilizado para distinguir o prazo prescricional dos detentores de mandato, de cargo em comissão

³⁶ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70012910279, 4ª C. Civ., j. 23/11/2005; Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 03/05/2006; TJRS, Ap. Civ. 70003638541, 4ª C. Civ., j. 28/12/2001; Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 03/05/2006. Sem embargo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode ser rastreado precedente no sentido de que se no processo administrativo disciplinar deve ser aplicado mesmo prazo prescricional previsto para o processo criminal, “prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstracto, nos prazos do artigo 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para a acusação, e, após o referido trânsito ou improvido do recurso da acusação, com base na pena aplicada em concreto” [Cf. STJ, ROMS 13.395, j. 26/05/2004. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 03/05/2006].

³⁷ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70010984623, 4ª C. Civ., j. 20/04/2005; Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 03/05/2006. No mesmo sentido, ver TJRS, Ap. Civ. 70007848997, 4ª C. Civ., j. 09/02/2005; Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 03/05/2006.

ou de função de confiança e dos servidores públicos efetivos ou ocupantes de emprego público. Assim, conforme o particular tenha induzido ou concorrido para a prática de ato de improbidade administrativa de uma dessas categorias, o prazo prescricional é disciplinado pela norma do art. 23, I, da Lei 8.429/92 ou pela norma do art. 23, II, da Lei 8.429/92. A justificativa dessa normalização é que, enquanto o agente público autor do ato de improbidade administrativa tem condições de encobrir o seu comportamento da atuação investigatória e punitiva, não corre o prazo prescricional. Ora, como o particular, que atua em conluio ou, no mínimo, de modo dependente da ação do agente público, também resulta beneficiado dessa situação, deve-se-lhe estender o prazo prescricional.

Uma observação importante a respeito da prescrição da pretensão sancionadora da improbidade administrativa é que as normas do art. 23 da Lei 8.429/92 incidem sobre todas as sanções previstas nas normas do art. 12 da Lei 8.429/92, salvo quanto à pretensão de reparação do dano causado ao erário. Afora a imprescritibilidade, o dever de ressarcimento do dano causado ao erário independe do reconhecimento da improbidade administrativa. Aliás, a bem da verdade, a imposição desse dever não é sanção propriamente.

Uma questão que foi objeto de intensa controvérsia relacionada à prescrição da pretensão sancionadora da improbidade administrativa surgiu com a instituição da fase preliminar de admissibilidade da ação de improbidade administrativa. As normas do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/92, estabelecem que, antes de receber a petição inicial e determinar a citação, o juiz deve ordenar a notificação do demandado para, querendo, apresentar defesa por escrito e apresentar documentos. Somente depois disso, então, se não for o caso de rejeição da ação, o juiz poderá receber a petição inicial – decisão interlocutória sujeita a agravo, conforme a norma do art. 17, § 10, da Lei 8.429/92 – e determinar a citação do demandado.

A controvérsia instaurou-se quanto à definição da interrupção da prescrição.

³⁸ Cf. ALMEIDA PRADO. *Improbidade administrativa...*, p. 211.

Por um lado, no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul, entendeu-se que independentemente de a notificação prévia ou de a citação dar-se depois de expirado o prazo prescricional, não há prescrição da pretensão sancionadora da improbidade administrativa caso a ação tenha sido proposta antes do advento do termo *ad quem*, pois a norma do art. 23 da Lei 8.429/92 refere-se expressamente à proposição da ação. Além disso, a norma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil, dispõe que a citação válida interrompe a prescrição, retroagindo à proposição da ação.

Por outro lado, a jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul orientou-se no sentido da inaplicabilidade da norma que autoriza a retroatividade da citação válida à data da propositura da ação se a notificação prévia do demandado não é requerida pelo autor; se o juiz não é alertado a respeito disso ou se a notificação se dá depois de expirado o prazo prescricional, argumentando-se que a demora não pode ser atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário³⁹. Aliás, os precedentes jurisprudenciais têm sido uniformes no sentido de que mesmo que ajuizada a ação de improbidade administrativa dentro do prazo prescricional, é de ser reconhecida a prescrição se não foi procedida à citação nem à notificação, dentro do prazo, por demora não imputável, exclusivamente, ao Poder Judiciário, nas hipóteses em que o Ministério Público se limitou a requerer, na petição inicial, a citação do requerido⁴⁰. Nessa linha, um número bastante significativo de ações de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul teve decretada a prescrição da pretensão sancionadora.

Sem embargo, a respeito dessa questão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orientou-se no sentido da aplicabilidade da retroatividade da citação válida à data da proposição da demanda, resultando superado o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da aplicabilidade da norma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil, retroagindo a interrupção da prescrição à data da

³⁹ Cf. TJRS, Ap. Cív. 70006073332, 22ª C. Civ. j. 28/10/2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006; Cf. TJRS, Ap. Cív. 70006453559, 22ª C. Civ. j. 04/11/2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006; Cf. TJRS, Ap. Cív. 7000632661, 22ª C. Civ. j. 09/11/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006.

⁴⁰ Cf. TJRS, Ap. Cív. 70006326961, 22ª C. Civ. j. 09/11/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006; Cf. TJRS, Ap. Cív. 70006453559, 22ª C. Civ. j. 04/11/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006.

propositura da ação. Por um lado, entendeu-se que “não compete ao autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, mas ao magistrado responsável pelo trâmite do processo, a determinação da notificação prevista pelo art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade”⁴¹. Além disso, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, independentemente de o órgão do Ministério Público não ter requerido a notificação do demandado, não se lhe pode imputar culpa pela demora da citação quando essa providência é determinada pelo juiz, tendo sido observado o preceito da Lei de regência⁴². Em outro precedente, a decisão do Superior Tribunal de Justiça destaca que a norma do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, não impõe alteração aos critérios de interrupção da prescrição, devendo ser observada a norma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil, acrescentando que sendo realizada a notificação, mesmo fora do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o juiz deve prosseguir com as providências previstas nos parágrafos seguintes, para, “acaso recebida a petição inicial, ser realizada a citação e efetivada a interrupção da prescrição com retroação deste momento para o dia da propositura da ação”⁴³.

Assim, não deve haver mais dúvida quanto à retroatividade da citação como marco de interrupção da prescrição à data da propositura da ação de improbidade administrativa, aplicando-se a norma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil.

⁴¹ Cf. STJ, REsp. 700.038, 1ª T., j. 04/08/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 06/03/2006.

⁴² Cf. STJ, REsp. 700.820, 1ª T., j. 08/11/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 06/03/2006.

⁴³ Cf. STJ, REsp. 695.084 1ª T., j. 28/11/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 06/03/2006; No mesmo sentido, ver STJ, REsp. 681.161, 1ª T., j. 16/03/2006. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 19/04/2006.

3. A ação de improbidade administrativa e a ação civil pública de defesa do patrimônio público

O momento da decisão do órgão de execução do Ministério Público quanto ao ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa ou de uma ação civil pública de defesa do patrimônio público exige análise bastante reflexiva a respeito do futuro resultado da demanda. A correção disso pode ser demonstrada pelos diversos aspectos que envolvem a proposição dessas demandas.

Em primeiro lugar, destaca-se o aspecto de que a ação de improbidade administrativa, afora a severidade das sanções previstas na Lei 8.429/92, representa um pesado gravame para o réu, notadamente no meio social e político em que esse tipo de demanda se acha normalmente contextualizado. A respeito disso, é correto dizer que a carga negativa de responder a uma ação de improbidade administrativa não deve ser desprezada, notadamente porque se trata de demanda dirigida, normalmente, contra agentes públicos ou políticos, exatamente aqueles que detém posições importantes no cenário político e na Administração Pública local, estadual ou federal. Por seu lado, a ação civil pública de defesa do patrimônio público não fica muito distante dessa realidade. Ainda que nesse tipo de demanda não se tenha o objetivo sancionador da Lei 8.429/92, não se deve desprezar as conseqüências de uma condenação ao ressarcimento de dano ao patrimônio público imposta a um agente público ou político. Do mesmo modo, uma sentença desconstitutiva de um contrato administrativo produz implicações importantes no âmbito da Administração Pública.

Em segundo lugar, não deve ser desprezado o fato de que o Ministério Público detém a condição de ser um dos principais protagonistas pelo desencadeamento das ações de improbidade administrativa no Estado constitucional brasileiro. Ainda que possam ser rastreadas algumas ações de improbidade propostas por outros legitimados, a grande maioria das demandas é proposta pelo Ministério Público.

Ora, considerado o fato de que essas demandas são propostas, normalmente, contra agentes públicos ou políticos, não é exagero concluir que eventuais abusos ou equívocos cometidos pelos órgãos de execução do Ministério Público podem

ser empregados como artifícios para tentar desqualificar a atuação do Ministério Público e, além disso, a própria Lei de Improbidade Administrativa.

Em síntese, o que deve ser bem compreendido é que o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa ou de uma ação civil pública de defesa do patrimônio não é uma aventura processual. Essas demandas não devem ser tratadas como uma espécie de “tiro no escuro”. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, o órgão de execução do Ministério Público deve propor uma ação de improbidade administrativa ou uma ação civil pública de defesa do patrimônio quando possuir a firme convicção de que há a prática de improbidade administrativa ou de ato contrário ao Direito e que as provas recolhidas no inquérito civil são suficientes para a formação de juízo de procedência da demanda. Não se exige a certeza da sentença de procedência, mas a convicção de que existe ato contrário ao Direito e de que as provas confirmam isso.

Por isso, então, o princípio *in dubio pro societatis* não deve orientar a decisão do órgão de execução do Ministério Público quanto ao ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa ou de uma ação civil pública de defesa do patrimônio público. Esse enunciado não viola o princípio da obrigatoriedade e tampouco pode ser confundido como discricionariedade do órgão de execução. Se o órgão de execução tem dúvida quanto à existência de ato contrário ao Direito ou não conseguiu reunir as provas necessárias no inquérito civil, não há fundamento jurídico ou fático para o ajuizamento da demanda. Nesse caso, então, a solução não é a aventura processual, mas a realização de outras investigações ou arquivamento do inquérito civil. Se o órgão de execução do Ministério Público é titular do poder-dever de investigar e dispõe dos instrumentos legais para tanto, não há razão para o ajuizamento apressado da demanda sem o esgotamento das diligências necessárias ao adequado esclarecimento do fato investigado⁴⁴. Se, após realizadas todas as investigações possíveis, persistir dúvida quanto à caracterização do ato contrário ao Direito, em todas as suas circunstâncias, inclusive quanto ao elemento subjetivo, a solução não deve ser outra que não o arquivamento do inquérito civil.

⁴⁴ Uma exceção a esse enunciado ocorreria na hipótese de que alguma nova prova possa, efetiva e concretamente, surgir ao longo da instrução judicial. Contudo, não se pode esquecer que o Ministério

3.1 A competência

A questão atinente à definição do foro competente para a ação de improbidade administrativa e para a ação civil pública de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica deve ser examinada conforme se tratar de uma ou de outra demanda, notadamente em atenção à intensa controvérsia causada pelo advento da Lei 10.628/02, que estabeleceu o foro privilegiado aos agentes políticos demandados em ação de improbidade administrativa.

Em relação à ação civil pública para defesa do patrimônio público e da ordem jurídica, o critério para a fixação do foro competente é orientado pela norma do art. 2º, *caput*, da Lei 7.347/85, aplicando-se, ainda, as normas do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor – dada relação de integração entre as normas da Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, estabelecida pela norma do art. 21 da Lei 7.347/85 e pela norma do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, no que diz com o interesse de atuação dos órgãos de execução do Ministério Público do Rio Grande do Sul, conforme dispõe a norma do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, o que deve ser considerado para a fixação do foro competente para a ação civil pública de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica é se o dano ou a contrariedade ao Direito é de âmbito local ou regional.

Tratando-se de fato de âmbito regional, a competência para conhecer da ação civil pública adequada é do foro da Capital do Estado, conforme deixa saber a norma do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor. É bem verdade que não há um critério *a priori* para a caracterização de um fato de âmbito regional, mas, nos casos de atos ou comportamentos administrativos contrários ao Direito, o que deve ser levado em conta é o critério do domínio da decisão e da execução do fato. No caso, por exemplo, de um contrato administrativo celebrado pelo Estado do Rio Grande do Sul para a prestação de serviço de execução de obras para recuperação de diversas estradas no interior do Estado, a competência é do foro da Capital. Mesmo que o fato imputado

Público dispõe de amplos poderes de investigação e, dificilmente, deixaria de antever alguma prova elucidativa do fato em investigação.

tenha por objeto não um vício do processo de licitação, mas o pagamento de serviço não efetivamente executado em uma determinada estrada, a competência para a demanda é do foro da Capital. É interessante considerar, nesse caso, que o dano ao patrimônio público ou a contrariedade ao Direito não está no comportamento isolado da não-execução, mas no fato do pagamento indevidamente efetuado pelo serviço não-prestado. Por outro lado, tratando-se de fato de âmbito local, a competência para a demanda é do foro do local do fato, conforme se pode retirar da norma do art. 2º, *caput*, da Lei 7.347/83. É necessário destacar que em determinadas hipóteses de fato de âmbito regional não há sequer necessidade de se recorrer à norma do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, para a definição do foro competente da Capital do Estado para a demanda. Isso porque, não raras vezes, o local do domínio da decisão e da execução do fato é a própria Capital do Estado.

A definição do foro competente para a ação de improbidade administrativa seguia esses mesmos critérios da fixação da competência para a ação civil pública de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica. Contudo, com o advento da Lei 10.628/02, que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, criou-se foro privilegiado para a ação de improbidade administrativa contra agentes políticos, seguindo-se o modelo da prerrogativa de foro prevista para os crimes comuns e de responsabilidade. Assim, a competência para as ações de improbidade administrativa contra agentes políticos passou a ser originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal. Essa normalização estabeleceu, também, que a competência pela prerrogativa de função deveria prevalecer mesmo que a ação de improbidade administrativa tivesse iniciado após a cessação da função pública. Assim, por exemplo, passou a ser competência dos Tribunais Estaduais a competência para a ação de improbidade administrativa contra Prefeito e Ex-Prefeito e do Superior Tribunal de Justiça a competência para a ação de improbidade administrativa contra Governador e Ex-Governador. Em atenção a esse novo modelo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por intermédio da norma do art. 4º da Resolução 01/03, dispôs ser competência da 22ª Câmara Cível processar e julgar as ações de improbidade administrativa contra Prefeitos e Ex-Prefeitos⁴⁵. Assim, no Rio Grande do Sul, todas as ações de improbidade

⁴⁵ Essa providência somente foi adotada no Rio Grande do Sul. Aliás, em outros Estados, alguns Tribunais de Justiça entenderem ser inconstitucional a normalização infraconstitucional da Lei 10.628/02,

administrativa que estavam sendo promovidas contra esses agentes políticos foram remetidas ao Tribunal de Justiça. Do mesmo modo, as ações de improbidade administrativa passaram a ser propostas originariamente perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O problema é que a normalização dada pela Lei 10.628/02 teve a sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal⁴⁶. O ponto central da argumentação é o de que somente a Constituição Federal pode atribuir competência originária ou recursal aos tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar criminalmente determinados agentes políticos é definida pelo art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição Federal e a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para essa mesma finalidade é definida pelo art. 105, I, *a*, da Constituição Federal. Do mesmo modo, a norma do art. 125, § 1º, da Constituição Federal, estabelece que a competência dos Tribunais Estaduais é definida pela respectiva Constituição Estadual. Assim, a nova normalização dada pela Lei 10.628/02, na parte que atribuiu competência originária ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Estaduais para as ações de improbidade administrativa contra os agentes políticos, seguindo o critério de definição de competência para as ações penais do art. 84 do Código de Processo Penal, seria inconstitucional porque isso não poderia ser determinado por intermédio da legislação infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, na linha desses argumentos, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, declarando a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02. Assim, restou extinto o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa nos moldes da competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais para os crimes de responsabilidade.

com base no argumento de que somente norma constitucional pode estabelecer a competência originária de tribunais.

⁴⁶ A Associação Nacional do Ministério Público – CONAMP – ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797. Por seu lado a Associação Nacional dos

Em consequência dessa decisão, todas as ações de improbidade administrativa que estavam sendo processadas originariamente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul retornaram para a primeira instância, retomando-se o modelo de competência anterior à Lei 10.628/02. Contudo, nesse momento, a questão que deve ser enfrentada é a que indaga pela validade dos atos processuais praticados durante a vigência da Lei 10.628/02. As decisões interlocutórias de recebimento ou de rejeição das ações de improbidade administrativa prolatadas pelo Tribunal de Justiça são válidas ou inválidas? As sentenças de procedência ou de improcedência das ações de improbidade administrativa prolatadas, originariamente, pelo órgão fracionário do Tribunal de Justiça são válidas e podem produzir os seus efeitos próprios?

A respeito disso, deve-se observar que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, não explicitou se a hipótese era de decisão com efeito *ex tunc* ou *ex nunc*. De qualquer modo, desde já, adianta-se que a melhor solução para o caso em análise é que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha efeito *ex nunc*, não atingindo os atos processuais praticados sob a vigência da Lei 10.628/02. O primeiro elemento a ser considerado é que essa alternativa encontra justificativa na norma do art. 27 da Lei 9.868/99, segundo a qual, ao declarar a inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos da decisão ou “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Por isso, então, o Supremo Tribunal Federal está autorizado a definir a extensão dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, para frente e para trás. Assim, não há óbice jurídico a que a decisão declaratória de inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 tenha apenas efeito *ex nunc*. O segundo elemento a ser destacado é que a preservação dos atos processuais praticados durante a vigência da Lei 10.628/02 justifica-se como alternativa de concretização do princípio da segurança jurídica, pois várias relações jurídicas restaram consolidadas definitivamente. A invalidação de todos os atos processuais praticados ao tempo dessa normalização produziria uma situação de caótica instabilidade e inconfiabilidade na função jurisdicional como alternativa de pacificação social e de solução de conflitos. Além disso, não se deve desprezar o fato de que a invalidação de todos os atos processuais

compromete os próprios indicadores de efetividade da função jurisdicional e da administração da justiça. Considerada a situação do Rio Grande do Sul, registra-se um número significativo de sentenças de mérito e decisões interlocutórias prolatadas originariamente pelo Tribunal de Justiça durante a vigência da normalização do foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa⁴⁷. Ora, todas essas sentenças e decisões interlocutórias não podem ser invalidadas sem sérios e graves prejuízos para a segurança jurídica, efetividade da função jurisdicional e administração da justiça. Por isso, então, justifica-se que a decisão declaratória de inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 tenha efeitos apenas *ex nunc*, não alcançando as relações jurídicas anteriormente consolidadas.

Em relação às ações de improbidade administrativas a serem propostas daqui para frente, para fins de definição do foro competente, deve-se seguir o modelo anterior à vigência da Lei 10.628/02, adotando-se os mesmos critérios da fixação da competência para a ação civil pública de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica.

3.2 A petição inicial

O que segue tem a pretensão de descrever os elementos que devem ser observados na petição inicial da ação de improbidade administrativa e da ação civil pública de defesa do patrimônio público.

3.2.1 O nome

Uma questão a ser enfrentada pelo órgão de execução do Ministério Público no início da elaboração da petição inicial é a que se refere ao nome a ser dado à demanda.

⁴⁷ Conforme verificação da Procuradoria de Prefeitos do Ministério Público do Rio Grande do Sul, no período, registra-se o número de 19 (dezenove) ações de improbidade administrativa julgadas procedentes e 44 (quarenta e quatro) julgadas improcedentes, resultando a condenação de 30 (trinta) demandados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Considerado o número de ações de improbidade administrativa julgadas no período, 94 (noventa e quatro) demandas foram rejeitadas e 3 (três) petições iniciais não foram recebidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Essa questão pode ser analisada a partir de dois enfoques. Sob o ponto de vista da melhor técnica processual, a designação de uma ação deve ser definida a partir da natureza do provimento jurisdicional e da tutela deduzida pelo autor. Além desses elementos, pode ser considerado o tipo de procedimento ou de processo adequado. Assim, a rigor, uma ação pode ser designada como condenatória, constitutiva, declaratória, executiva ou mandamental, conforme a natureza do provimento jurisdicional; nos casos de provimentos não-satisfativos – sentenças condenatória, executiva ou mandamental, a ação pode ser designada como inibitória, reintegratória ou ressarcitória, conforme o tipo de tutela deduzida. Além disso, considerado o tipo de procedimento, uma ação pode ser designada como ordinária, sumária ou de procedimento especial. Caso se levar em conta o processo, uma ação pode ser designada como de conhecimento, de execução ou cautelar.

Contudo, a experiência tem revelado que esses elementos não são normalmente considerados para a designação das ações que se destinam ao reconhecimento de ato de improbidade administrativa e à aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92. Uma análise superficial de casos permite concluir que as designações mais comuns são as de: *i*) ação de improbidade administrativa; *ii*) ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa; e de *iii*) ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Sob o enfoque da melhor técnica processual, como já observado, não erra nem acerta quem escolhe uma ou outra dessas designações, não sendo relevante essa controvérsia. Contudo, considerada a prática empregada pelo Ministério Público e Tribunais, além da existência de interesse didático e de registro dessas demandas nos repertórios de jurisprudência, deve-se manter as designações usuais. Ainda que o emprego de uma ou de outra não tenha qualquer consequência jurídica em relação ao objeto da demanda, a designação mais completa é efetivamente a de ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

É necessário observar que não há erro em se designar essa demanda também de ação civil pública. Isso porque, originariamente, a expressão *ação civil pública* era empregada para corresponder a toda e qualquer ação não-penal proposta pelo Ministério Público. Nessa linha, toda a ação civil proposta pelo Ministério Público

deve ser considerada como ação civil pública. É bem verdade que esse sentido originário passou a conviver com a noção de ação civil pública correspondente à demanda proposta com base na Lei 7.347/85, conhecida como a Lei da ação civil pública⁴⁸. Contudo, a norma do art. 129, III, da Constituição Federal, faz referência expressa ao cabimento da ação civil pública para a defesa do patrimônio público e, além disso, a noção de interesse difuso, contida na norma do art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, encerra também a defesa do patrimônio público e da probidade administrativa.

Nestas linhas, como já percebido, está sendo empregada a designação ação de improbidade administrativa, entendida como a fórmula elíptica da designação ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

3.2.2 Os requisitos

A petição inicial deve observar os requisitos da norma do art. 282 do Código de Processo Civil. Assim, no que diz com a ação de improbidade administrativa ou a ação civil pública de defesa do patrimônio público a ser proposta pelo Ministério Público, o órgão de execução deve atentar, fundamentalmente, para a descrição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido e, mais importante ainda, para o pedido, com as suas especificações. Não é demasiado formular o enunciado no sentido de que a correta indicação da causa de pedir, próxima e remota, é fundamental para o sucesso de uma demanda, mas a mais correta constituição da causa de pedir nada serve se o autor não formular adequadamente o pedido. Além desses requisitos, o autor deve indicar na petição inicial as provas que pretende produzir e o valor da causa. Igualmente, na petição inicial, o autor deve formular requerimento para a citação do réu.

A petição inicial da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, além dos requisitos da norma do art. 282 do Código de Processo Civil, deve observar requisitos específicos contemplados na norma do art. 17, §§ 6º e 7º, da Lei 8.429/92.

⁴⁸ A respeito disso, ver VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva. In MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 400-416.

A norma do art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92, exige que a ação seja instruída com documentos ou justificção que contenha indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas. Assim, já ao ensejo da petição inicial, o órgão de execução do Ministério Público deve apresentar todas as provas de que dispõe. Aliás, observa-se que ao ensejo do juízo de prelibação, que é o exame prévio de admissibilidade da petição inicial, realizado após o oferecimento da defesa escrita prevista na norma do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, deverão estar perfeitamente delimitados os fatos, a causa de pedir e a produção imediata da prova correspondente dos fatos narrados, sob pena de resultar comprometido o início e até mesmo o seguimento da ação.

A respeito disso, deve ser anotado que o juiz pode rejeitar a petição inicial com apreciação e resolução de mérito. Isso porque a norma do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, dispõe que caso convencido da inexistência do ato, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o juiz deve rejeitar a inicial. Logo, após analisar a manifestação defensiva do demandado, o juiz examina não só a admissibilidade da petição inicial, mas a própria viabilidade concreta da procedência da ação, ainda que de forma perfunctória. Além disso, a norma do art. 17, § 11, da Lei 8.429/92, dispõe que em qualquer fase do processo, caso reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz poderá extinguir o processo sem julgamento do mérito. Daí, então, a necessidade de que sejam observados os requisitos formais para a elaboração da petição inicial, de forma didática e de fácil compreensão, sem, no entanto, isso significar simplificações ou generalizações em demasia.

A norma do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, dispõe que o juiz, antes de receber a petição inicial, deve notificar o demandado para apresentar, querendo, manifestação por escrito, no prazo de 15 (quinze) dias. Por essa razão, então, o órgão de execução do Ministério Público, na petição inicial, deve deduzir pedido expresso no sentido de que o juiz determine essa notificação prévia do demandado.

3.2.3 A questão dos indícios suficientes

A norma do art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92, dispõe que a petição inicial deve ser instruída com justificção ou documentos que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa.

O que deve ser bem compreendido a respeito dessa norma é que diante do rigorismo do juízo de admissibilidade da ação de improbidade administrativa, não se deve entender a expressão *indícios suficientes da existência do ato de improbidade* como uma forma de flexibilizar o ônus da descrição e da comprovação suficiente e possível dos fatos imputados ao demandado. Pelo contrário. Se é certo afirmar que os indícios reconhecidamente não são prova cabal da ocorrência da improbidade – senão, não seria necessário o processo e a fase de instrução – por outro lado, os indícios devem ser entendidos como elementos concretos, provas suficientes de que determinadas condutas descritas na petição inicial encontram adequação com as hipóteses normativas dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, reclamando o sancionamento previsto nas normas do art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92.

Diante disso, para que se comprovem, de plano, os indícios suficientes da existência do ato de improbidade, devem estar presentes na petição inicial todos os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa. Assim, o órgão de execução do Ministério Público deve apresentar na petição inicial os seguintes elementos.

Em primeiro lugar, a petição inicial deve conter a imputação de um ato contrário ao Direito, é dizer, antijurídico, caracterizado como ato de improbidade administrativa, que importe em enriquecimento ilícito, provoque dano ao erário ou viole os princípios da Administração Pública. Em essência, a petição inicial deve conter a imputação da prática de um ato de improbidade administrativa, conforme uma das modalidades descritas nas normas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Em segundo lugar, a petição inicial deve conter a descrição do elemento subjetivo do ato imputado, indicando o agir doloso ou culposo do réu. Não é demais

lembrar que as hipóteses normativas do art. 10 da Lei 8.429/92 são as únicas que admitem a culpa como elemento subjetivo.

Em terceiro lugar, a petição inicial deve demonstrar a existência de nexos causal entre o comportamento do réu e a contrariedade ao Direito. Nas hipóteses normativas do art. 9º da Lei 8.429/92, a petição inicial deve indicar a relação etiológica entre o agir do réu e o enriquecimento ilícito; nas hipóteses normativas do art. 10 da Lei 8.429/92, a petição inicial deve descrever a relação causal entre o comportamento do réu e o dano causado ao erário; nas hipóteses normativas do art. 11 da Lei 8.429/92, a petição inicial não pode deixar de descrever o nexo causal entre o comportamento do réu e a violação aos princípios da Administração Pública.

3.2.4 Critérios gerais para a estrutura da petição inicial

As alternativas para a construção de uma petição inicial estão diretamente relacionadas aos diferentes estilos de organização das idéias e de descrição de coisas. Além disso, muito provavelmente, cada situação exija um modo particular de apresentação da petição inicial. Por isso, então, não se pode pretender construir um modelo padronizado de petição inicial para as ações de improbidade administrativa e muito menos para as ações civis públicas de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica.

Sem embargo, a experiência tem revelado que alguns critérios podem ser adotados para a construção de uma boa petição inicial.

Nesse sentido, entende-se boa a petição inicial que: *i)* apresenta uma descrição clara e objetiva do fato imputado, *ii)* indica elementos probatórios concretos da veracidade do fato, das suas circunstâncias e da responsabilidade do réu; *iii)* produz correta adequação do fato e das provas apresentadas à hipótese normativa respectiva prevista na Lei 8.429/92, justificando objetivamente em que consiste o enriquecimento ilícito, o dano ao erário ou a violação aos princípios da Administração Pública; *iv)* descreve com precisão o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, explicitando quais são os elementos probatórios indicativos de que o comportamento do réu foi doloso ou culposos; *v)* explicita a responsabilidade do réu pela prática do ato de

improbidade administrativa, descrevendo a relação causal entre o comportamento do demandado e o ato contrário ao Direito; *vi*) deduz corretamente o pedido, conforme a hipótese normativa adequada ao fato descrito e a responsabilidade atribuída ao demandado, desdobrando o pedido de modo especificado, conforme o número de demandados; *vii*) indica corretamente o valor da causa; e *viii*) apresenta o rol de testemunhas.

O que segue tem em mira destacar alguns desses critérios gerais.

3.2.4.1 A imputação ou exposição geral do fato

Um critério geral para a construção da petição inicial é a sua estruturação em capítulos. Nesse caso, antes da abertura do primeiro capítulo, é interessante que a petição inicial seja aberta por uma espécie de introdução ou preâmbulo, contendo uma imputação ou descrição geral do fato.

Assim, a fim de que os fatos, os fundamentos e o pedido fiquem dispostos de forma bem clara na inicial, sempre que possível, a petição inicial deve ser aberta com uma exposição do fato, fazendo referência aos documentos importantes que estribam a narrativa – inclusive com indicação do número das folhas do inquérito civil e número do volume, em caso de muitos volumes –, tudo com a intenção de facilitar o manuseio dos autos pelo julgador. Depois disso, é interessante explicitar a hipótese normativa e o pedido.

Do que se trata, aqui, é de uma espécie de resumo ou *abstract*, destinado a introduzir ao juiz o que será desenvolvido nos capítulos da petição inicial.

3.2.4.2 A descrição do fato

A correta descrição do fato é um dos elementos centrais da petição inicial, devendo o órgão de execução do Ministério Público apresentar de modo preciso e detalhado o comportamento do réu, indicando os elementos probatórios constantes do inquérito civil que justificam o fato afirmado.

Quando a demanda for dirigida a mais de um réu, a petição inicial deve especificar a conduta individualizada de cada um dos demandados. Esse detalhamento é importante, estando relacionado diretamente com a autoria, o elemento subjetivo e a responsabilidade do ato de improbidade administrativa. É bastante comum nas ações de improbidade administrativa, dirigidas, por exemplo, contra Prefeitos Municipais, a falta de uma descrição mais específica da conduta praticada. Isso deve ser evitado, pois dificulta a identificação da autoria do fato, a definição do elemento subjetivo e, evidentemente, a própria responsabilidade do réu.

Ora, é sabido que o Prefeito Municipal é o ordenador de despesa e, em última análise, o principal responsável por todos os atos praticados pelo Executivo Municipal. Aliás, não é por outro motivo que o Tribunal de Contas do Estado, quando tem de impor glosa ou multa, aplica a sanção ao Prefeito Municipal, já que se trata do ordenador de despesa. Contudo, tratando-se do Direito sancionador da Lei de Improbidade Administrativa, a responsabilidade do Prefeito Municipal somente pode ser reconhecida se restar perfeitamente demonstrado que na conduta praticada pelo chefe do Poder Executivo Municipal estão encaixados todos os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa. Por isso, então, deve ficar claro na petição inicial, seja quanto ao Prefeito Municipal, seja quanto a qualquer outro demandado, que o agente tinha domínio e sabia de determinado fato, como, por exemplo, da existência de um esquema de cobrança de propina no âmbito de sua administração; da prática do chamado “Caixa 2”; das irregularidades praticadas pela comissão de licitação, etc. Igualmente, a petição inicial deve esclarecer se o agente teve participação direta no fato; se houve alguma determinação pessoal dele para que o fato fosse praticado desta ou de outra forma; se o agente poderia ter impedido a prática do ato e se omitiu, etc.

Do mesmo modo, quando se trata de demanda dirigida contra agente privado – que, tendo vencido processo de licitação, celebra com a Administração Pública contrato administrativo – deve restar perfeitamente descrito na petição inicial se houve conluio entre ele e o órgão que efetuou a licitação ou se houve má-fé, pois tais elementos não decorrem necessária e automaticamente da celebração do contrato administrativo. Logo, a improbidade do agente privado deve vir imputada de forma expressa e clara. Além disso, pode haver transgressões à Lei de Licitações por parte do licitador, sem que tenha havido a participação do licitante vencedor.

A respeito da necessidade da descrição minuciosa do fato e das condutas imputadas, a experiência tem revelado que algumas petições iniciais descrevem os fatos de forma sucinta, genérica ou mesmo simplesmente repetem trechos integrais dos relatórios de auditoria do Tribunal de Contas do Estado. Contudo, o órgão de execução do Ministério Público, ao receber o relatório do Tribunal de Contas do Estado, deve depurar os fatos passíveis de investigação e, a partir daí, delimitar a responsabilidade dos agentes políticos, dos servidores e de eventuais terceiros pela prática de ato ímprobo para a devida descrição dos fatos e das condutas na petição inicial da ação de improbidade administrativa. Logo, deve ficar claro que o mero apontamento de determinada irregularidade pelo Tribunal de Contas não significa ato de improbidade administrativa. Até porque os apontamentos podem ser reexaminados pela auditoria, rejeitados pela Câmara do Tribunal de Contas do Estado e, mesmo que ensejem parecer desfavorável do Tribunal de Contas do Estado, ainda admitem recurso. Além disso, em alguns casos, o Ministério Público não pode se dar ao luxo de aguardar o trânsito em julgado da decisão do Tribunal de Contas, já que a prescrição da pretensão sancionadora é quinquenal.

Os casos de inépcia da petição inicial, normalmente, estão relacionados às deficiências ou omissões da petição inicial quanto à correta e adequada descrição do fato, notadamente quanto à especificação das condutas dos agentes. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, podem ser rastreadas decisões em que se exigiu a perfeita descrição da conduta imputada, do elemento subjetivo e do nexo de causalidade. A respeito disso, merece registro caso recentemente julgado em que se tratava de uma ambulância da Prefeitura Municipal que transportava, juntamente com os pacientes, mercadorias de uma empresa particular. O Prefeito Municipal foi incluído no pólo passivo da ação de improbidade administrativa sob o argumento de que o fato se deu por ordem de sua esposa. Nesse precedente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul rejeitou a petição inicial por entender que essa peça simplesmente presumia a omissão do Prefeito Municipal pelo fato de sua esposa ser a mandante, sem lhe imputar conduta específica, com o respectivo ânimo⁴⁹.

⁴⁹ Cf. TJRS. Ap. Civ. 70006990907, 22ª C. Civ., j. 23/11/2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006.

Em outro precedente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu inepta a petição inicial da ação de responsabilidade por improbidade administrativa que descrevia a conduta tipificada na norma do art. 42 da Lei Complementar 101/2000 e na norma do art. 11, I, da lei n° 8.429/92 – o ato de improbidade administrativa imputado consistia na autorização de despesas sem suficiente disponibilidade de caixa – mas omitiu a indicação e a prova das datas correspondentes dos fatos⁵⁰.

Esses elementos objetivos justificam a necessidade de que a petição inicial contenha a descrição detalhada do fato e da conduta imputada ao demandado.

A correta e adequada descrição dos fatos na petição inicial, com indicação de todos os elementos constitutivos da improbidade administrativa ou do ato contrário ao Direito, sem embargo, não deve ser entendida como uma narrativa demasiadamente longa e cansativa. Diferentemente disso, a descrição dos fatos deve observar a forma mais objetiva possível, sem maiores ilações e conjecturas. A bem da verdade, foi-se o tempo em que as petições iniciais das ações de improbidade administrativa consumiam páginas e páginas.

3.2.4.3 As provas

O que se pretende destacar aqui é que a petição inicial deve indicar explicitamente os elementos probatórios do fato descrito, de suas circunstâncias e da responsabilidade do réu. Muito embora não se trate de uma exigência central, o aspecto de a petição inicial destacar as provas justificadoras do fato imputado ao demandado é altamente significativo para fins de convencimento do julgador. Se o órgão de execução, já na petição inicial, indicar objetivamente os elementos probatórios que suportam a imputação, o caminho para a procedência da ação de improbidade administrativa começa a ser bem trilhado.

Além disso, a indicação das provas do fato e da responsabilidade do réu na petição inicial ganhou importância ante a nova sistemática do procedimento que

⁵⁰ Cf. TJRS. Ap. Civ. 70007514128, 22ª C. Civ., j.02/12/2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006.

estabeleceu um juízo prévio de admissibilidade da demanda, conforme dispõem as normas do art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei 8.429/92. Antes de receber a petição inicial, o juiz deve ordenar a notificação do demandado para oferecer manifestação por escrito, oportunidade em que podem ser apresentados documentos e justificações. Assim, afigura-se relevante que a petição inicial já indique os elementos probatórios que suportam a imputação e a responsabilidade do réu, sendo conveniente a referência expressa aos documentos e declarações que justificam a correção da demanda proposta.

Essa indicação das provas, com especificação dos documentos e das declarações que suportam a descrição dos fatos e a responsabilidade do demandado pela prática de ato de improbidade administrativa, pode se dar no próprio capítulo da descrição do fato ou em capítulo específico.

3.2.4.4 O Direito e a adequação do fato às hipóteses normativas

Um aspecto interessante, revelado pela experiência prática das ações de improbidade administrativa e ações civis públicas de defesa do patrimônio público, diz com o capítulo das petições iniciais normalmente denominado *Direito*.

O que se encontra nas petições iniciais, na grande maioria das vezes, é uma reprodução das normas da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente as normas das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92. Depois dessa reprodução do texto legal, são reproduzidas citações da doutrina sobre improbidade administrativa e, eventualmente, precedentes da jurisprudência. É nessa parte, ainda, que podem ser encontradas algumas referências a textos da normalização constitucional e infraconstitucional quanto à legitimidade ativa do Ministério Público para propor ações de improbidade administrativa ou ações civis públicas de defesa do patrimônio público.

Essa prática pode ser mantida, mas deve ser aperfeiçoada.

Em primeiro lugar, destaca-se que a reprodução de textos legais no corpo da petição inicial justifica-se apenas em relação às hipóteses que efetivamente dizem respeito à qualificação jurídica do fato imputado. Assim, por exemplo, se o fato diz com violação aos princípios informadores da Administração Pública, justifica-se apenas

referência à disposição respectiva da norma do art. 11 da Lei 8.429/92, não havendo justificativa para que a petição inicial se ocupe de referir as disposições dos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92.

Em segundo lugar, nessa mesma linha, deve ser evitada a cansativa reprodução de longos textos de doutrina a respeito da teoria da improbidade administrativa. Afora o aspecto de que a petição inicial não é o lugar adequado para a justificação de teorias jurídicas, deve-se acrescentar que a citação de extensos textos doutrinários torna a peça processual demasiadamente longa e desinteressante. Isso, contudo, não significa que os argumentos contidos na petição inicial não possam ser justificados doutrinariamente. O que se sugere é o abandono das longas citações em favor de referências bibliográficas nas quais o interessado, querendo, poderá encontrar a justificação doutrinária do que está sendo sustentado.

Em terceiro lugar, destaca-se que a citação de precedentes jurisprudenciais pode ser empregada, desde que evitadas as repetições – não se justifica a citação de mais de dois precedentes sobre um mesmo assunto. Por isso, então, os precedentes jurisprudenciais que forem adequados à hipótese fática ou normativa em questão podem ser utilizados na petição inicial. Aqui, diferentemente do que se disse em relação às citações doutrinárias, é conveniente citar expressamente a ementa – ou parte dela – do precedente jurisprudencial.

Em quarto lugar, deve ser abandonada a prática consistente na utilização de um capítulo da petição inicial destinado à justificação da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação de improbidade administrativa ou ação civil pública de defesa do patrimônio público que está sendo proposta. Se logo após o advento da norma do art. 129, III, da Constituição Federal, dada a novidade da legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público, poderia haver alguma razão para que a petição inicial contivesse um longo arrazoado sobre o assunto em capítulo próprio, atualmente, isso não tem o menor sentido. Aliás, talvez não tivesse havido a arguição de tantas preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público nessas ações se os próprios órgãos de execução, já na petição inicial, não tivessem provocado a discussão a respeito do tema. A questão é que o assunto está

pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵¹ e do Supremo Tribunal Federal⁵², não mais se justificando que a questão da legitimidade ativa do Ministério Público seja provocada pelo próprio órgão de execução. Esse mesmo argumento vale para a questão da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação de improbidade administrativa, notadamente porque a norma do art. 17, § 4º, da Lei 8.429/92, dispõe expressamente que se o Ministério Público não intervier no processo como parte, deve atuar obrigatoriamente com o fiscal da lei, sob pena de nulidade. Ora, se assim é, não há razão alguma para que essa questão mereça destaque na petição inicial. A legitimidade do Ministério Público para essas ações decorre de disposições expressas na Constituição Federal e na Lei de Improbidade Administrativa, não havendo razão para que esse assunto seja ventilado na petição inicial. O órgão do Ministério Público deve simplesmente promover a ação para a qual detém legitimidade ativa. Se o demandado argüir a preliminar a respeito, então, o Ministério Público deve responder; para o caso de o juiz decretar a ilegitimidade ativa do Ministério Público, o órgão de execução do Ministério Público deve manejar o recurso adequado.

A petição inicial deve conter indicação objetivamente rastreável quanto à relação de adequação entre o fato, as provas e a hipótese normativa da Lei 8.429/92. A petição inicial que, simplesmente, em um capítulo contém a descrição do fato e em outro se limita a dar o *Direito*, não parece ser argumentativamente consistente. Por isso, então, após descrever o fato e indicar as provas que o suportam, a petição inicial deve apontar de forma detalhada a relação entre isso e a hipótese normativa em questão.

No caso das hipóteses normativas do art. 9º da Lei 8.429/92, a petição inicial deve relacionar o fato descrito com o enriquecimento ilícito, indicando objetiva e detalhadamente em que esse enriquecimento consistiu, como, por exemplo, no recebimento de vantagem econômica; na utilização de bens públicos em proveito próprio ou alheio; na evolução patrimonial incompatível. Do que se trata, então, é da própria justificação da antijuridicidade do comportamento do agente. Nesse ponto, a

⁵¹ Cf. STJ, REsp. 565.317, 1ª T., j. 14/09/2004. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2006; Cf. STJ, REsp. 695718, 1ª T., j. 16/08/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2007.

⁵² Cf. STF, Ag. Reg. REExt. 372.658, 2ª T., j. 29/11/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 09/05/2006.

petição inicial deve dizer porque o ato praticado pelo réu é contrário ao Direito e, portanto, ilícito constitutivo de improbidade administrativa.

No caso das hipóteses normativas do art. 10 da Lei 8.429/92, a petição inicial deve relacionar o fato descrito e provado com o dano causado ao erário. O órgão de execução tem o dever de indicar em que consistiu o prejuízo do erário, conforme o fato descrito no capítulo anterior da petição inicial. Assim, a petição inicial deve apontar que o dano ao erário constituiu-se, por exemplo, em doações irregulares de bens públicos; permissão de utilização de patrimônio público por terceiros de forma irregular; frustrações da licitude de licitações; concessões de benefícios fiscais indevidos, renúncia fiscal, etc. Enfim, a petição inicial deve indicar objetivamente porque o comportamento do réu constitui ato antijurídico constitutivo da improbidade administrativa imputada.

No caso das hipóteses normativas do art. 11 da Lei 8.429/92, a petição inicial deve relacionar o fato descrito e provado com a violação intencional e consciente aos princípios da Administração Pública. Assim, a petição inicial deve indicar, por exemplo, que a contratação temporária de servidores sem autorização legislativa infringe o princípio da obrigatoriedade do concurso público para ingresso no serviço público, o princípio da imparcialidade e o princípio da legalidade; que houve desvio de finalidade, visando à realização de finalidade escusa, proibida em lei; a prática de prevaricação; de violação do dever de sigilo ou a frustração da licitude de concurso público.

3.2.4.5 O elemento subjetivo

A petição inicial deve dedicar uma de suas partes à descrição precisa do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, explicitando quais são os fatos e os elementos probatórios indicativos de que o comportamento do réu foi doloso ou culposos.

Do que se trata nesse ponto é que a petição inicial deve detalhar a constituição do elemento subjetivo do tipo doloso ou culposos do ato de improbidade administrativa. Se a improbidade administrativa possui caráter subjetivo, o

comportamento do agente a que se imputa a prática de um ato de improbidade administrativa somente pode ser examinado sob o ponto de vista subjetivo⁵³. Por isso, então, a petição inicial deve apontar a motivação da conduta do demandado, explicitando o móvel de sua conduta e o ânimo com o qual ele agiu ou deixou de agir quando deveria. Quando se tratar de mais de um demandado, à evidência, a petição inicial deve especificar o elemento subjetivo de cada um deles, evitando generalizar a justificação subjetiva do comportamento administrativo.

Essa questão merece toda a atenção do órgão de execução do Ministério Público, pois se trata de um ponto central da petição inicial e vital para o sucesso da demanda. Não basta a petição inicial dizer que o demandado agiu com dolo ou culpa e tampouco referir genericamente que o elemento subjetivo do tipo está demonstrado. Diferentemente, a petição inicial deve indicar, a partir de elementos objetivos racionalmente rastreáveis, em que consistiu o dolo ou a culpa do demandado.

Assim, na hipótese de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito, a petição inicial deve indicar que o demandado, livre e conscientemente, praticou o fato motivado pela intenção de obter vantagem indevida a partir de sua condição de agente público ou político.

No caso de improbidade administrativa que importa em prejuízo ao erário, a petição inicial deve apontar que o demandado agiu conscientemente, conhecendo as conseqüências de seu comportamento administrativo para o erário. Assim, por exemplo, no caso da aquisição de bens sem licitação e por preço superior ao praticado pelo mercado, a petição inicial deve indicar que o demandado tinha ou deveria ter conhecimento de que se tratava de uma aquisição com prejuízo para o erário. Não se deve esquecer que essa categoria admite caracterização de improbidade administrativa por culpa grave. Assim, a petição inicial deve detalhar, com precisão, quais são os elementos objetivos existentes no inquérito civil que evidenciam a culpa grave do demandado no caso, por exemplo, de negligência na arrecadação de tributos⁵⁴.

⁵³ Cf. GIACOMUZZI, *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública...*, p. 288.

⁵⁴ Um caso interessante é o relativo aos créditos fiscais de pequena monta que prescrevem por não haver cobrança judicial. Nem sempre é possível caracterizar a improbidade administrativa. Primeiro, em atenção ao princípio da economicidade – quando o devedor não possui bens e a cobrança administrativa se exauriu – notadamente porque o benefício da demanda judicial não justifica o custo; segundo, porque,

No caso de improbidade administrativa caracterizada pela violação dos princípios informadores da Administração Pública, a petição inicial deve indicar, por intermédio de elementos objetivamente rastreáveis no inquérito civil, em que consiste a conduta desonesta do demandado. Na grande maioria das vezes, pode haver uma conduta dolosa do agente, no sentido de que ele quis praticar determinado ato, mas que não praticou o ato movido por ânimo de desonestidade, não infringindo, assim, o princípio da boa-fé subjetiva.

Um aspecto que deve ser destacado a respeito dessa questão é a exigência do elemento subjetivo específico para caracterização de improbidade administrativa nas hipóteses normativas do art. 11 da Lei 8.429/92. Assim, por exemplo, no caso de improbidade administrativa decorrente de contratação temporária de servidores que desborda da autorização constitucional, a petição inicial deve indicar se o demandado pretendeu, realmente, violar o princípio da impessoalidade, privilegiando determinadas pessoas. Isso porque pode haver, conforme o caso concreto, o dolo do agente em realizar a contratação temporária ao arrepio do princípio constitucional da investidura do servidor em cargo público mediante concurso, mas não haver o ânimo desonesto de manipular politicamente os servidores contratados temporariamente. A petição inicial deve descrever perfeitamente esse especial fim, sob pena de rejeição pela ausência de requisito indispensável à configuração do ato ímprobo. Por isso mesmo, é recomendável que o órgão de execução recolha no inquérito civil o maior número de indícios sobre o estado de ânimo do agente – muitas vezes só viável pela prova oral – para ulterior detalhamento desse elemento subjetivo na petição inicial.

3.2.4.6 A responsabilidade e o nexo de causalidade

Um elemento importante da petição inicial é a indicação da responsabilidade do demandado. Quando a ação é dirigida contra mais de uma pessoa, a petição inicial deve especificar a responsabilidade de cada um dos demandados, destacando em que consiste a contribuição de cada um deles para a caracterização da improbidade administrativa.

a falta de cobrança, muitas vezes, está relacionada aos mecanismos de controle interno da Administração Pública, não se evidenciando, pois, a culpa grave do gestor público.

É importante destacar que uma parte da petição inicial, em capítulo apartado ou não, deve ser destinada a cuidar da explicitação da responsabilidade do demandado pela prática do ato de improbidade administrativa, descrevendo a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o ato contrário ao Direito. Do que se cuida é de estabelecer uma vinculação entre o agir do demandado e os elementos constitutivos da improbidade administrativa, destacando-se o aspecto subjetivo da modalidade normativa.

Em última análise, é nessa parte da petição inicial que deve ser destacada a justificação da demanda em face de determinada pessoa, explicitando-se que a ação é dirigida contra o demandado porque foi ele quem teve acréscimo patrimonial indevido às custas de sua condição de agente público ou quem, por exemplo, na condição de presidente da comissão de licitação, frustrou a competitividade do certame público, favorecendo empresa que havia doado recursos para a campanha eleitoral de seu padrinho político.

3.2.4.7 O pedido

O pedido é a parte mais importante da petição inicial. É por isso mesmo que de nada vale a redação de páginas e páginas sobre os fatos, os fundamentos e a causa de pedir, se, ao final, nas últimas páginas da petição inicial, o pedido não é corretamente formulado.

Em essência, a petição inicial deve deduzir pedido no sentido de que o demandado seja condenado pela prática de ato de improbidade administrativa às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Sem embargo, a petição inicial pode conter um pedido declaratório – no sentido de que o provimento jurisdicional declare que o demandado praticou ato de improbidade administrativa – e condenatório – no sentido de que sejam aplicadas ao demandado as sanções previstas da Lei 8.429/92. A correção desse desdobramento do provimento jurisdicional está no fato de que o juiz, antes de condenar o réu pela prática de improbidade administrativa, deve declarar que o ato praticado constitui improbidade

administrativa. Em princípio, na medida em que se trata de Direito sancionador, o pedido destinado à aplicação das sanções previstas nas normas do art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, é condenatório. Na petição inicial, por isso, é correto pretender que o demandado seja condenado à perda dos bens havidos ilicitamente; a ressarcir o prejuízo causado ao erário; à perda da função pública; à suspensão dos direitos políticos; ao pagamento de multa; à proibição de contratar ou receber benefícios. Contudo, sob o enfoque da técnica processual, não se pode negar a natureza declaratória do provimento jurisdicional que decreta a perda dos bens havidos ilicitamente; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar ou receber benefícios.

Além disso, conforme o caso, a petição inicial pode conter também pedido desconstitutivo do ato administrativo declarado de improbidade administrativa⁵⁵. Nesse caso, o pedido é no sentido de que o provimento jurisdicional declare que o agente praticou improbidade administrativa e que desconstitua o ato administrativo, porque contrário ao Direito.

Assim, conforme o caso em análise, é possível a dedução de pedido declaratório, constitutivo e condenatório na petição inicial da ação de improbidade administrativa.

No processo civil, a norma geral é de que ao juiz é vedado o pronunciamento jurisdicional *extra petita*, conforme dispõe o art. 460 do Código de Processo Civil. Aliás, pode ser rastreado entendimento na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no sentido de que é “inepta a petição inicial que imputa ao réu ato de improbidade administrativa, com base no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e na Lei 8.429/92, mas não contém pedido de aplicação das

⁵⁵ Não se desconhece a existência de entendimento no sentido de que a ação de improbidade administrativa é o lugar adequado para somente a dedução das sanções previstas na Lei 8.429/92, de tal sorte que eventual pedido desconstitutivo do ato de improbidade administrativa deve ser objeto de ação civil pública própria. Nesse sentido, podem ser rastreados precedentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [Cf. TJRS, Ap. Civ. 70007069966, 22ª C. Civ. j. 07/10/2003. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006].

sanções correspondentes”⁵⁶. Seguindo essa linha, então, somente o que for deduzido no pedido é que poderá ser objeto de pronunciamento jurisdicional.

Contudo, ao que tudo indica, esse enunciado parece desconhecer a carga sancionadora da ação de improbidade administrativa e que a responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa está inserida no âmbito do Direito administrativo sancionador⁵⁷, disso resultando que o provimento jurisdicional não está adstrito à qualificação jurídica dos fatos descritos na petição inicial. Nessa linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra precedente de que não há julgamento *ultra* ou *extra petita* se o juiz acrescenta à condenação do responsável pelo ato de improbidade administrativa as penas cominadas pelo art. 12, III, da Lei 8.429/92⁵⁸. Sem embargo, pode-se encontrar precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que constitui julgamento *extra petita* a condenação do demandado pela prática de ato de improbidade administrativa descrito na norma do art. 11, II, da Lei 8.429/92, se a petição inicial limita-se a buscar a condenação por “lesão ao patrimônio público”, não se referindo à violação dos princípios da Administração Pública⁵⁹.

De qualquer sorte, até mesmo para evitar controvérsia sobre isto, é conveniente que o órgão de execução do Ministério Público formule pedido expresso na petição inicial para que conste o capítulo condenatório respectivo da parte dispositiva da sentença, notadamente porque as sanções não podem ser tomadas como simples efeitos, secundários e automáticos, do provimento jurisdicional de procedência da demanda.

É preciso que o juiz avalie detalhadamente a conduta imputada ao agente e descreva, na decisão, as sanções a serem aplicadas, juntamente com a motivação adequada que as justifique. Isso porque o juiz, para a imposição das sanções, deve avaliar a participação de cada um dos agentes e a extensão do dano, sob pena de

⁵⁶ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70008907693, 22ª C. Cív. j. 07/04/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 15/03/2006.

⁵⁷ A respeito do Direito administrativo sancionador, ver NIETO, Alejandro. *Direito administrativo sancionador*. 2 ed. Madrid: tecnos, 1994; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁵⁸ Cf. STJ, REsp. 324.282, 1ª T., j. 05/02/2002. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 15/03/2006.

⁵⁹ Cf. STJ, Ag. Reg. no REsp 505.298, 1ª T., j. 21/03/2006. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 19/04/2006.

nulidade absoluta da decisão, conforme dispõe a norma do art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92. Por isso, a necessidade, na petição inicial, do detalhamento da participação individualizada de cada um dos demandados, devendo-se observar, sempre, a relação entre o fato descrito, sua adequação ao tipo normativo e o pedido que é formulado.

Uma advertência extremamente relevante é que quando a pretensão deduzida é no sentido do reconhecimento de improbidade administrativa nas hipóteses normativas dos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92, a petição inicial deve conter o pedido principal, consistente no reconhecimento dessas modalidades de improbidade administrativa e a aplicação das respectivas sanções e, sucessivamente, o pedido subsidiário para reconhecimento de improbidade e aplicação das sanções previstas às hipóteses normativas do art. 11 da Lei 8.429/92. Mesmo porque não se pode pensar em imputação pela prática de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito ou dano ao erário sem, ao mesmo tempo, violação aos princípios da Administração Pública. Se a petição inicial afirma que o demandado praticou improbidade administrativa com enriquecimento ilícito ou dano ao erário, diz, com isso, que o demandado infringiu os princípios da Administração Pública. Assim, se o juiz, no decorrer da instrução, resultar convencido de que o agente não se locupletou indevidamente com o ato ou que não causou dano ao erário com sua conduta, mas sim, que agiu em desconformidade com os ditames legais ou que violou princípios da Administração Pública, poderá aplicar as sanções previstas na norma do art. 12, III, da Lei 8.429/92.

Em atenção às sanções, é recomendável que sejam explicitadas na petição inicial quais são as sanções previstas nas normas do art. 12 da Lei 8.429/92 que devem ser aplicadas ao demandado. Aliás, nessa mesma linha, não há óbice a que a petição inicial já indique, inclusive, o valor da multa que se pretende ver fixado, bem como o tempo de suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar ou receber benefícios. Isso evita que, no caso de parcial procedência, haja dúvidas quanto ao interesse recursal do Ministério Público em razão da aplicação, pelo juiz, de apenas uma ou outra das sanções cominadas na lei, já que hoje é predominante o entendimento de que não há necessidade de imposição cumulativa de todas as sanções. Essa prática evita

também que sejam aplicadas sanções insignificantes e desproporcionais à gravidade dos atos perpetrados.

Além disso, é conveniente que a petição inicial contenha pedido expresso no sentido de que seja procedida à notificação prévia do demandado, conforme dispõe a norma do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ser rastreado entendimento no sentido de que compete ao autor requerer expressamente essa notificação prévia do demandado na petição inicial⁶⁰ e também que deve ser declarada a nulidade de todos os atos praticados, considerando que a notificação prévia é imprescindível para o juízo de prelibação⁶¹. Entretanto, convém dizer que essa não é orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontrando-se precedente no sentido de que “não compete ao autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, mas ao magistrado responsável pelo trâmite do processo, a determinação da notificação prevista pelo art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade”⁶². Apesar dessa orientação, é prudente que o órgão de execução do Ministério Público requeira, na petição inicial, a notificação prévia do demandado, notadamente porque essa providência previne futura arguição de nulidade.

3.2.4.8 O valor da causa

O valor da causa é requisito indispensável à petição inicial, conforme dispõe a norma do art. 282, V, do Código de Processo Civil.

A definição do valor da causa é dada pela verificação do valor econômico do provimento jurisdicional. Nas ações de improbidade administrativa, nos casos das hipóteses normativas dos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92, o valor da causa deve ser definido a partir do montante auferido indevidamente pelo demandado e pelo prejuízo causado ao erário, respectivamente, somado ao valor do pedido de multa. No caso das hipóteses normativas do art. 11 da Lei 8.429/92, na ausência de elementos

⁶⁰ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70009034315, 22ª C. Civ. j. 18/08/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006.

⁶¹ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70006854426, 22ª C. Civ. j. 5/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006.

⁶² Cf. STJ, Resp. 700.038, 1ª T., j. 04/08/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/03/2006. Nessa decisão, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso especial interposto

objetivos para verificação da vantagem econômica do provimento jurisdicional, o valor da causa a ser indicado na petição inicial pode ser o valor mínimo de alçada.

3.3 O pedido cautelar de afastamento do agente

A norma do art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, autoriza o afastamento cautelar do agente público a fim de que seja assegurada a integridade da instrução processual.

O primeiro aspecto a ser considerado é que se trata de uma medida de natureza cautelar, a ser deduzida pela via de uma ação cautelar autônoma. Sem embargo, a experiência registra alguns casos de pedidos de afastamento cautelar do agente do serviço público na própria petição inicial da ação de improbidade administrativa.

Em segundo lugar, é interessante destacar que o afastamento cautelar do agente do serviço público é medida excepcional, devendo ser admitido quando restar devidamente evidenciado que a permanência do demandado no serviço público pode causar prejuízo à instrução processual. Disso se retira que é condição para o deferimento da cautelar o ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Uma questão que deve ser analisada é se somente os agentes públicos estão sujeitos aos afastamento cautelar previsto na norma do art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92 ou se também os agentes políticos, ocupantes de mandato eletivo, estão ao seu alcance. Segundo Almeida Prado, na medida em que a norma do art. 2º da Lei 8.429/92 referiu-se aos ocupantes de cargo, emprego ou função, e, ao mesmo tempo, mencionou expressamente os ocupantes de mandato eletivo, a norma do art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, referindo-se aos detentores de cargo, emprego ou função, somente pode ser aplicada a estes e não àqueles⁶³.

pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, reformando a orientação da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁶³ Cf. ALMEIDA PRADO, *Improbidade administrativa...*, p. 162.

Sem embargo, caso presentes elementos objetivos indicativos de que o afastamento cautelar do agente político é medida necessária a garantir a instrução da ação de improbidade administrativa, independentemente da interpretação literal da norma do art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, a medida cautelar deve ser efetivada. Além disso, o argumento de que se trata de agente político escolhido democraticamente por meio de processo eletivo pode ser superado. Em primeiro lugar, destaca-se que se trata de medida provisória e temporária. Encerrada a instrução, deve cessar a eficácia da medida cautelar de afastamento do agente político. Em segundo lugar, observa-se que se o provimento jurisdicional final pode impor a perda da função pública, não há razão para se impedir o afastamento cautelar do agente durante a instrução do processo.

3.4 Os pedidos cautelares de indisponibilidade e de seqüestro de bens

O pedido cautelar de indisponibilidade de bens encontra justificção na norma do art. 7º da Lei 8.429/92.

Essa normalização permite formular enunciado no sentido de que o Ministério Público, nos casos de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito ou causa prejuízo ao erário, detém legitimidade para postular provimento jurisdicional cautelar destinado a assegurar o resultado útil da ação de improbidade administrativa – garantir a efetividade do julgado em caso de enriquecimento ilícito e a existência de patrimônio suficiente para suportar a condenação do demandado.

A concessão da medida cautelar está condicionada aos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni juris*, devendo a petição inicial indicar os adequados fundamentos jurídicos da medida constritiva e a sua urgência, destacando, por exemplo, que o demandado pode se desfazer de seus bens ou dos havidos ilicitamente, disso resultando inútil o provimento jurisdicional final. Assim, deve restar evidenciada a plausibilidade do direito alegado e a gravidade da conduta e, além disso, que o ato de improbidade administrativa causou dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito do agente ímprobo.

Outro elemento importante à concessão da cautelar de indisponibilidade de bens é que a petição inicial já tenha definido o valor do prejuízo causado ao erário ou o valor ou a especificação do havido ilicitamente pelo demandado. Isso porque não é admissível o deferimento de medida cautelar de indisponibilidade indiscriminada de bens. A petição inicial deve indicar de modo especificado os bens sobre os quais deve recair a indisponibilidade, justificando essa medida a partir do valor do dano ao erário ou daquilo que foi auferido indevidamente pelo demandado.

Em relação aos bens que podem ser objeto da cautelar, deve-se distinguir se a hipótese normativa é a de improbidade que importa em enriquecimento ilícito ou causa prejuízo ao erário. No primeiro caso, somente pode ser decretada a indisponibilidade dos bens havidos ilicitamente; no segundo caso, a indisponibilidade pode incidir em tantos bens quantos sejam suficientes ao ressarcimento do prejuízo causado ao erário. A orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a constrição judicial de indisponibilidade de bens está limitada aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, podendo incidir sobre os bens adquiridos anteriormente ao ato de improbidade administrativa⁶⁴.

A norma do art. 16 da Lei 8.429/92 dispõe que o Ministério Público detém legitimidade para requerer o seqüestro de bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, medida cautelar que deve observar as normas dos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil. Na verdade, trata-se de uma cautelar típica e que se destina a tornar indisponíveis determinados bens do demandado. Por isso mesmo, mais propriamente se trata de arresto e não de seqüestro.

⁶⁴ A respeito disso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a “decretação de indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, limitando-se a constrição aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade” [STJ, REsp. 401.536, 1ª T., j. 06/12/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br.com>. Acesso em 07/03/2006]. No mesmo sentido, em outra decisão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “constituindo o arresto e a indisponibilidade de bens uma forma de apenas garantir o pagamento de futura indenização, eventualmente comprovada ao fim do processo, não há qualquer necessidade do bloqueio de bens que extrapolem o valor indicado na inicial da ação de improbidade, a título de prejuízo ao erário” [STJ, Ag. Reg. na MC 7487, j. 18/05/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br.com>. Acesso em 07/03/2006]. Igualmente, ver STJ, REsp. 718.248, 1ª T., j. 06/12/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br.com>. Acesso em 14/03/2006; REsp. 439.918, 1ª T., j. 12/12/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br.com>. Acesso em 14/03/2006.

De qualquer sorte, diferentemente da indisponibilidade genérica de bens referida na norma do art. 7º da Lei 8.429/92, que implica a proibição de alienar, de negociar, de transacionar e dispor de bens e valores, o seqüestro consiste na apreensão do bem, com o objetivo de mantê-lo incólume, podendo abranger o exame e o bloqueio de contas bancárias – bloqueio de qualquer ativo financeiro, bem como a quebra do sigilo bancário e fiscal. O seqüestro significa não só a impossibilidade de comercialização do bem, como também impede o seu uso e fruição pelo proprietário.

Os requisitos para a concessão dessa medida cautelar em nada diferem dos necessários à medida de indisponibilidade de bens do art. 7º da Lei 8.429/92. A norma do art. 16, *caput*, da Lei 8.429/92, estabelece que a concessão da cautelar está condicionada a existência de fundados indícios da responsabilidade do demandado. Além desse elemento, a petição inicial deve apresentar elementos concretos no sentido de evidenciar a probabilidade de o demandado se desfazer dos bens e, com isso, frustrar a efetividade do provimento jurisdicional final.

O lugar adequado para a dedução desses pedidos é o processo cautelar, pois são medidas que se destinam a assegurar o resultado útil do provimento final, notadamente porque o contrário pode implicar violação ao devido processo jurídico ante a possibilidade de não-observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa⁶⁵.

Sem embargo disso, na jurisprudência do Superior Tribunal Justiça há entendimento no sentido de que, por economia processual, os pedidos de indisponibilidade e seqüestro de bens podem ser feitos em sede de liminar na própria inicial da ação de improbidade administrativa, independentemente da ação cautelar autônoma⁶⁶.

⁶⁵ Nesse sentido, ver ALMEIDA PRADO, *Improbidade administrativa...*, p. 203.

⁶⁶ Segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça a “indisponibilidade de bens na ação civil pública por ato de improbidade, pode ser requerida na própria ação, independentemente de ação cautelar autônoma (REsp 469.366/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.6.2003, p. 285)” [STJ, REsp. 439.918, 1ª T., j. 13/12/20005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 20/03/2006]; Cf. STJ, REsp. 460.366, 2ª T., j. 02/06/2003, p. 00285. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 20/03/2006; Cf. STJ, REsp. 206.222, 2ª T., j. 13/12/20005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 20/03/2006.

3.5 O cumprimento e a execução da sentença condenatória

A procedência da ação de improbidade administrativa constitui título judicial em favor do autor da demanda que, na grande maioria das vezes, requer a adoção de medidas para o cumprimento e execução da sentença. Para melhor compreensão dessa matéria, convém detalhar as formas de execução das sanções cominadas na sentença que reconhece a prática de improbidade administrativa.

3.5.1 O ressarcimento do dano

Em atenção ao caráter eminentemente condenatório da reparação do dano, o cumprimento e a execução da sentença condenatória devem seguir o procedimento previsto para a execução por quantia certa contra devedor solvente, merecendo destaque as recentes modificações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.232/2006.

Em primeiro lugar, deve ser verificado se o caso é de sentença líquida ou ilíquida.

O cumprimento da sentença líquida, que impõe a obrigação de pagar quantia certa, deve observar as normas dos arts. 475-I a 475-R do Código de Processo Civil. Assim, caso o demandado, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do trânsito em julgado da sentença condenatória, não efetue o pagamento do valor fixado na sentença, o órgão de execução do Ministério Público deve requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação, acrescentando a multa de 10% (dez por cento) ao montante devido. O pedido deverá ser instruído com memória do cálculo, conforme a norma do art. 614, II, do Código de Processo Civil. Na oportunidade, ainda, o órgão de execução do Ministério Público pode indicar os bens que deseja ver penhorados, conforme dispõe a norma do art. 475-J, § 3º, do Código de Processo Civil. O procedimento desenvolve-se com a lavratura do auto de penhora e de avaliação e ulterior intimação do demandado, na pessoa de seu procurador, para, querendo, oferecer impugnação, no prazo de 15 (quinze) dias. Não havendo impugnação, o procedimento segue conforme o disposto nas normas dos arts. 686 e seguintes do Código de Processo Civil. Havendo impugnação, com ou sem efeito suspensivo, o procedimento seguirá ou não essas normas,

dependendo do julgamento do incidente, conforme se pode retirar das normas dos arts. 475-L e 475-M do Código de Processo Civil.

Se a sentença de procedência da demanda não determinar o valor devido, o órgão de execução do Ministério Público deve promover a sua liquidação, conforme dispõe as normas dos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil.

Caso a definição do valor devido depender apenas de cálculo aritmético, o órgão de execução do Ministério Público deve requerer o cumprimento da sentença na forma do art. 475-J, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. Quando, diferentemente, exigir a natureza do objeto da liquidação ou for determinado pelo juiz na sentença, o órgão de execução deve promover a liquidação da sentença por arbitramento, conforme dispõe a norma do art. 475-C do Código de Processo Civil. Quando, por outro lado, houver necessidade de o Ministério Público alegar e provar fato novo para determinar o valor devido, a liquidação da sentença deve se dar por artigos, conforme dispõe a norma do art. 475-E do Código de Processo Civil.

Uma alternativa interessante ao órgão de execução do Ministério Público, conforme as circunstâncias do caso concreto, consiste em transferir a quantificação do dano para a fase de liquidação, especialmente quando concorrerem dois fatores: *i*) prova consistente da prática de improbidade; *ii*) pouca viabilidade do efetivo ressarcimento em face da ausência de bens conhecidos do imputado. Acontece que, nessas condições, mais importantes tornam-se as sanções de cunho não-patrimonial, mormente a suspensão dos direitos políticos, de modo que não interessa prolongar um processo judicial com a discussão sobre o montante do dano ao erário, quando já existe prova suficiente da improbidade. Assim, em busca da implementação das sanções com viabilidade de efetivação, antecipa-se a sentença e os eventuais recursos.

É importante destacar que todo o patrimônio do executado responde pelo ressarcimento do dano ao erário, não importando se adquirido antes ou depois do fato, ou até mesmo antes da Lei 8.429/92. Por isso, então, nos casos em que se vislumbrar dano ao erário, convém que desde o inquérito civil sejam coletadas provas do patrimônio do investigado-executado, oficiando-se aos registros de imóveis e ao Detran. Essas informações, além de serem necessárias para eventual pedido de indisponibilidade

de bens ou de arresto, podem, no caso de não ter sido deferido o pleito de indisponibilidade ou de arresto ou de não ter sido possível formulá-los, visto o não-preenchimento dos requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*, subsidiar futuro pedido de reconhecimento de fraude à execução, conforme dispõe a norma do art. 593 do Código de Processo Civil, se, por ocasião da execução, não forem encontrados bens do devedor, em face do despojamento promovido no curso da demanda principal.

De regra, o ressarcimento do dano deve ser revertido em favor da pessoa jurídica lesada. Contudo, quando se tratar de entidades cujas características estão descritas na norma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, o ressarcimento ao erário deve reverter em favor da entidade pública provedora, o que não afeta a legitimidade da instituição interessada de mover a ação para responsabilização pela prática de improbidade administrativa, reservando-se, nesta hipótese, à Fazenda Pública provedora a possibilidade concorrente de mover as ações necessárias ao ressarcimento do patrimônio público, conforme dispõe a norma do art. 17, § 2º, da Lei 8.429/92. Por fim, destaca-se que o sucessor daquele que causou lesão ao patrimônio público responde pela reparação do dano até o limite do valor da herança, conforme dispõe a norma do art.8º da Lei 8.429/92.

3.5.2 A perda dos bens ou valores havidos ilicitamente

Em primeiro lugar, é interessante observar que também a perda dos bens ou valores havidos ilicitamente não é propriamente uma sanção, pois é providência que, conquanto não pressuponha a reparação e a existência de qualquer prejuízo ao erário, encontra fundamento no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, que mais pretende restabelecer o *status quo ante* do que propriamente punir aquele que enriqueceu sem causa ou por causa ilícita.

De qualquer modo, é necessário observar que a perda deve recair sobre bens ou valores específicos, ilicitamente angariados pelo agente público ou pelo particular. Logo, somente os bens ou valores obtidos após a Lei 8.429/92 podem ser objeto de perdimento por força de reconhecimento da prática de improbidade administrativa. A medida tem cabimento tanto nos casos das hipóteses normativas do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, como também do art. 10 da Lei 8.429/92, bastando que exista

enriquecimento ilícito, sendo que, na primeira hipótese, é obrigatório o locupletamento de agente público, podendo haver, também, enriquecimento de particular, enquanto que, nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, somente poderá haver enriquecimento de particular. Não por outra razão, a norma do art. 12, II, da Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções para as hipóteses normativas do art. 10 da Lei 8.429/92, prevê a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do terceiro.

A natureza da medida imposta na sentença é mandamental, não sendo cabível o rito processual da execução para entrega de coisa certa porque não se trata de condenar alguém a praticar uma ação: entregar coisa certa, mas, sim, de se decretar a perda de bens ou valores. Desse modo a execução dá-se mediante *i*) expedição de mandado de busca e apreensão, em caso de bens móveis; *ii*) imissão de posse, em caso de bens imóveis; *iii*) expedição de ofício para cancelamento de registro, em caso de transferência de propriedade imóvel; *iv*) alvará para transferência de valores, em caso de valores em contas ou aplicações bancárias.

Os bens e valores perdidos deverão reverter em favor da pessoa jurídica lesada, a qual será considerada a entidade pública provedora nos casos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/92. Por fim, é necessário acrescentar que o sucessor daquele que enriqueceu ilicitamente responde pela perda de bens e valores havidos ilicitamente, desde que tenha recebido em herança esses bens ou valores.

3.5.3 A perda da função pública

A concretização da sanção consistente na perda da função pública ocorre com a extinção do vínculo que o agente detém com a Administração Pública.

A efetivação da perda da função pública não requer a instauração de qualquer outro procedimento, pois o provimento jurisdicional definitivo, ao condenar o demandado à perda da função pública, possui eficácia mandamental de tal sorte que o juiz deve simplesmente expedir uma ordem dirigida à Administração Pública a fim de que se dê o desligamento do agente autor do ato de improbidade administrativa.

Assim, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o órgão de execução do Ministério Público deve requerer ao juiz a expedição de uma ordem ao órgão da Administração Pública competente a fim de que seja efetivada a sanção de perda da função pública.

3.5.4 A suspensão dos direitos políticos

A efetivação da sanção de suspensão dos direitos políticos requer que o juiz, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, comunique ao Juiz Eleitoral competente que o demandado não mais poderá exercer seus direitos políticos, não dispondo de capacidade eleitoral passiva e ativa pelo período fixado na decisão.

Segundo Almeida Prado, a efetivação da sanção de suspensão dos direitos políticos não implica a perda do cargo ou da função que já esteja sendo exercida pelo agente, salvo, evidentemente, se essa sanção também vem a ser imposta⁶⁷. Em relação aos agentes políticos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a suspensão dos direitos políticos do réu condenado pela prática de homicídio culposo implica *ipso facto* a extinção do mandato eletivo⁶⁸.

3.5.5 A multa

A concretização da sanção de multa civil, estabelecida na Lei 8.429/92, deve observar o processo de execução por quantia certa contra devedor solvente⁶⁹, revertendo o pagamento ou o valor obtido na execução em favor da entidade envolvida no fato que originou a aplicação da sanção, observada a destinação à entidade provedora, no caso de enquadramento na norma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/92.

⁶⁷ Cf. ALMEIDA PRADO, *Improbidade administrativa...*, p. 149.

⁶⁸ Cf. STF, REExt. 225.019-1, TP, j. 08/09/1999. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 13/03/2006. Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a suspensão dos direitos políticos de Prefeito Municipal implica a perda do mandato eletivo, devendo isso ser declarado e efetivado pelo Presidente da Câmara de Vereadores, independentemente de qualquer outro procedimento no Legislativo Municipal.

⁶⁹ Ver, acima, item 3.5.1.

É necessário observar que a integralidade do patrimônio do demandado responde pela multa civil, mesmo se adquirido antes da Lei 8.429/92. Afinal, não há qualquer vinculação entre a sanção e determinados bens do devedor, tampouco há aplicação retroativa da lei supracitada, visto que a lei incide sobre a ação ímproba praticada pelo agente, a qual, necessariamente, deverá ser posterior à vigência da normalização sancionadora, constituindo-se a execução apenas no procedimento de materialização das sanções impostas.

3.5.6 A proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos

A efetivação da sanção de proibição de contratar ou receber benefícios requer especial atenção do órgão de execução do Ministério Público.

A dificuldade da concretização dessa sanção está exatamente no fato de que é praticamente impossível a cientificação de todos os órgãos da Administração Pública federal, estadual ou municipal quanto à proibição de o demandado contratar ou receber benefícios públicos.

Por isso, então, a melhor alternativa para a efetivação dessa sanção é que o provimento jurisdicional imponha ao demandado o dever de não-contratar ou de não-receber benefícios públicos, sob pena do pagamento de multa. Assim, na própria sentença, o juiz ordena que o demandado está proibido de contratar ou de receber benefícios públicos pelo período fixado.

Nessa parte, então, o provimento jurisdicional contém eficácia mandamental, devendo o seu cumprimento observar as normas do art. 461, §§, do Código de Processo Civil. Por isso mesmo e em atenção ao princípio da efetividade do processo, o juiz pode adotar qualquer medida que for necessária à concretização da sanção estabelecida na sentença. Nessa linha, o órgão de execução do Ministério Público pode requerer ao órgão jurisdicional a expedição de ofício de comunicação da sanção a um número razoável de instituições e órgãos públicos, bem como, a sua publicação no Diário Oficial.

4. Estudo de casos

O que se pretende aqui é destacar os principais casos que gravitam em torno das ações de improbidade administrativa e das ações civis públicas de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica, especialmente a partir do que a experiência tem revelado quanto à atuação do Ministério Público.

Nessa linha, serão analisadas algumas questões relacionadas à Lei de Responsabilidade Fiscal, que produziu importantes controvérsias quanto à caracterização de ato de improbidade administrativa, destacando-se a questão dos restos a pagar; das infrações meramente administrativas; das contratações temporárias; da terceirização; da publicidade; do uso abusivo de bem público e do fracionamento de compras como forma de burlar a obrigatoriedade de licitação.

4.1 A responsabilidade fiscal

Uma das questões mais recorrentes na atuação dos órgãos de execução do Ministério Público é a que gira em torno da Lei de Responsabilidade Fiscal. O que tem sido discutido na maioria dos casos, em última análise, é se as hipóteses de violação dessa normalização podem constituir improbidade administrativa.

A experiência revela que o Ministério Público tem recebido do Tribunal de Contas do Estado um número significativo de informações que dão conta do descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, disso resultando a necessidade de se investigar se o comportamento do gestor público encontra enquadramento em uma das hipóteses normativas dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Quando o caso de descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal é acompanhado de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, a presença dos elementos constitutivos da improbidade administrativa pode ser mais facilmente construída, pois há um elemento objetivo racionalmente rastreável – enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário. Evidentemente, deve ser demonstrado que o gestor público agiu com dolo na hipótese de enriquecimento ilícito ou que atuou com dolo ou culpa grave no caso de dano ao erário. Sem a presença desse elemento subjetivo no comportamento do gestor

público – independentemente do descumprimento ou não da Lei de Responsabilidade Fiscal – não há improbidade administrativa.

Contudo, quando o caso de descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal não é acompanhado de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, constituindo-se em ilegalidade decorrente de infração às normas da Lei Complementar 101/2000, a caracterização da improbidade administrativa não é tarefa fácil. A dificuldade está no fato de que a caracterização de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública não se consubstancia a partir da mera violação de uma disposição normativa, sendo necessário que o comportamento do gestor público tenha sido desonesto. Como já observado anteriormente, a caracterização de improbidade administrativa por violação aos princípios exige comportamento doloso do gestor público, é dizer, comportamento consciente com o objetivo de praticar ato que importe violação dos deveres de honestidade, de imparcialidade, de legalidade e de lealdade às instituições⁷⁰. No mesmo sentido, Mello destaca que descabe “a redução da improbidade à mera violação do princípio da legalidade”⁷¹. Aliás, pode ser rastreado precedente da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no sentido de que simples ferimento à legalidade não constitui, *ipso facto*, afronta ao princípio da legalidade⁷².

Sem embargo disso, o que deve ser bem compreendido é que o descumprimento de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal pode constituir improbidade administrativa, desde que presentes os elementos constitutivos do ilícito, especialmente o de caráter subjetivo.

O que segue tem o objetivo de destacar algumas questões suscitadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente a partir da própria atuação do Tribunal de Contas do Estado, que tem adotado a prática de remeter ao Ministério Público os pareceres prévios de prestação de contas da gestão fiscal.

⁷⁰ Cf. BRITO DOS SANTOS, *Improbidade administrativa...*, p. 44.

⁷¹ Cf. MELLO, *Improbidade Administrativa – considerações sobre a Lei 8.429/92...*, p 175.

⁷² Nessa decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul destaca que “ a mera existência de restos a pagar não cobertos pelas disponibilidades existentes em 31.12.2000 configura infração a dispositivo legal,

4.1.1 A distinção entre o parecer da prestação de contas da gestão fiscal e o julgamento da tomada de contas anual

A prática revela que os órgãos de execução do Ministério Público têm recebido do Tribunal de Contas do Estado cópias de pareceres sobre a prestação de contas da gestão fiscal e também de pareceres de tomadas de contas anuais dos gestores públicos. A advertência que deve ser considerada é que esses pareceres não devem ser confundidos.

O parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado sobre as contas anualmente prestadas pelo Prefeito Municipal, referido na norma do art. 31, § 2º, da Constituição Federal, nasce com força de decisão, com eficácia imediata e conseqüências para a autoridade administrativa e, por isso mesmo, sujeito à interposição de recurso. Diferentemente, o parecer prévio sobre as contas de gestão, que encontra justificação na norma do art. 56 da Lei Complementar 101/2000, é simples opinião, que não se submete ao contraditório e tampouco admite a interposição de recurso pelo gestor público. Por isso mesmo, não constitui decisão passível de exigibilidade.

A emissão do parecer prévio por parte do Tribunal de Contas do Estado, no exercício da fiscalização estatuída pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não configura a prolação de decisão propriamente dita; trata-se, sim, de acompanhamento feito pelo órgão fiscalizador das ações do administrador e sua conformidade com a legislação. A avaliação contida no parecer prévio da gestão fiscal constitui elemento instrutivo na análise das contas anuais quando de seu julgamento, ocasião em que haverá a ampla defesa e o contraditório, assegurados constitucionalmente. Por isso, então, pode-se afirmar que o parecer prévio das contas da gestão fiscal não se confunde com o parecer da tomada de contas anual⁷³.

Além disso, deve-se acrescentar que os elementos analisados nas prestações de contas da gestão fiscal pelas Câmaras do Tribunal de Contas do Estado

mas não retrata qualquer especial vontade de violação da lei” [Cf. TJRS, Ap. Cív. 70008529422, 22ª C. Cív., j. 20/05/2004. Disponível em <http://ww.tj.rs.gov.br>. Acesso 20/02/2006].

⁷³ Cf. TCERS, TC 3749020019, j. 13/11/2002. Disponível em: <http://www.tce.rs.gov.br>. Acesso em 15/03/2006.

são normalmente objeto de nova análise na tomada de contas anual, podendo resultar decisões divergentes⁷⁴.

A partir desses elementos, não é demasiado considerar que o órgão de execução do Ministério Público, ao receber as cópias dos pareceres sobre a gestão fiscal emitidos pelas Câmaras do Tribunal de Contas do Estado, deve oportunizar a defesa do gestor público. Se a situação em exame não requerer urgência – quando, por exemplo, não há risco da prescrição – o órgão de execução pode aguardar o julgamento da matéria pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado ao ensejo do exame da tomada de contas anual. O problema dessa solução reside na eventual demora da apreciação da prestação de contas anual pelo Tribunal de Contas do Estado.

4.1.2 A questão dos restos a pagar

A análise da questão que gira em torno da caracterização ou não de improbidade administrativa pela existência de restos a pagar requer, antes, a compreensão do seguinte itinerário da despesa pública: empenho, liquidação e pagamento. Por empenho entende-se o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento, pendente ou não de implemento de condição, conforme dispõe a norma do art. 58 da Lei 4.320/1964; a liquidação é a verificação do implemento de condição, ou seja, constatação objetiva do cumprimento contratual, conforme dispõe a norma do art. 63 da Lei 4.320/1964; e o pagamento é a emissão do cheque ou ordem bancária em favor do credor, conforme dispõe a norma do art. 65 da Lei 4.320/1964.

A partir desses elementos, os restos a pagar são as despesas empenhadas e não pagas até o final do exercício financeiro – 31 de dezembro. Portanto, são despesas que deverão ser honradas com recursos do exercício seguinte àquele em que foram

⁷⁴ Nesse sentido, por exemplo, registra-se o caso do Parecer 0885, de 28/09/2001, da 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, referente à prestação de contas da gestão fiscal do Prefeito Municipal de Tavares, exercício de 2000, em que se concluiu pelo não-atendimento da Lei Complementar 101/2000. [Cf. TCRS, Proc. 10179-02.00/00-1. Disponível em <http://www.tce.rs.gov.br>. Acesso em 20/04/2006]. Com base nesse parecer, aliás, o Ministério Público ajuizou ação de improbidade administrativa contra o Prefeito Municipal de Tavares. Posteriormente, em 28/02/2005, a mesma 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, emitiu o Parecer 12.365, favorável à aprovação das contas do Prefeito Municipal de Tavares, exercício de 2000 [Cf. TCRS, Proc. 9531-02.00/00-4. Disponível em <http://www.tce.rs.gov.br>. Acesso em 20/04/2006].

realizadas. Note-se que o pagamento de despesas de exercícios anteriores é comum, desde que haja conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elemento, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.

A respeito disso, a norma do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe ao titular de Poder ou de órgão referido na norma do art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Essa normalização visa evitar que o administrador faça gastos a serem suportados por seu sucessor. Entretanto, deve ser destacado que a norma do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal não apresenta a melhor redação, pois equipara situações díspares na medida em que trata do mesmo modo os chefes de Poderes escolhidos pela via do sufrágio universal e, portanto, detentores de mandatos populares, e os demais chefes de Poderes, que possuem obrigações diferentes e mandatos com duração também diferentes. Estes últimos, com mandatos menores, ficam tolhidos na sua ação administrativa, uma vez que somente poderão dispor de seu orçamento por um ano, ficando os dois últimos quadrimestres do ano seguinte jungidos às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, exigindo um esforço excepcional de planejamento e restrições em suas despesas.

Para se configurar a hipótese normativa da proibição da norma do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal como ato de improbidade administrativa, é necessária a presença de todos os elementos constitutivos do ilícito, notadamente que o comportamento do agente seja doloso.

O obstáculo mais sério à caracterização de improbidade administrativa pela existência de restos a pagar está no elemento subjetivo. Isso porque não é tarefa fácil demonstrar que o agente, intencionalmente, deixou restos a pagar ao final do exercício. Se a pretensão é caracterizar a existência de restos a pagar como improbidade administrativa, então, é dever do órgão de execução do Ministério Público demonstrar que o demandado, propositadamente, contraiu obrigação de despesa que sabia que não poderia ser cumprida integralmente no último quadrimestre ou que teria parcelas a

serem pagas no exercício seguinte sem que houvesse suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. Nesse sentido, por exemplo, pode ser indagado se a obrigação contraída não foi paga intencionalmente, se foi mal planejada ou se não-pagamento resultou de força maior. Outra questão que pode ser formulada é se o não-pagamento não se deu a fim de atender ao interesse público. Além dessas questões, pode ser indagado se, ao tempo da realização da obrigação, as despesas não poderiam ser adimplidas com os recursos existentes.

O que essas indagações evidenciam é que não basta a verificação de que, ao final, existiam despesas que não poderiam ser suportadas pelos recursos em caixa. A caracterização da improbidade administrativa está condicionada a que seja demonstrado o comportamento doloso, é dizer, que o agente praticou o fato com vontade de praticar o ilícito, não se tratando de mero descontrole orçamentário.

Além disso, objetivamente, a caracterização de improbidade administrativa por restos a pagar requer que as despesas realizadas sejam detalhadamente especificadas, devendo a descrição da imputação indicar quais foram as obrigações assumidas sem possibilidade de cumprimento integral no último quadrimestre ou quais foram aquelas para cujo pagamento parcelado não havia suficiente disponibilidade de caixa. A propósito disso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul registra vários precedentes reconhecendo a inépcia da denúncia oferecida pelo Ministério Público por infração à norma do art. 359 do Código Penal, em razão da não-especificação de qual obrigação havia sido ordenada ou autorizada pelo Prefeito Municipal e da omissão na denúncia quanto à indicação da data e das circunstâncias da assunção da obrigação⁷⁵. Por isso mesmo, então, é correto formular o enunciado no sentido de que é inviável a dedução de pretensão à caracterização de improbidade administrativa a partir da singela imputação genérica da existência de restos a pagar, assentada em aferição exclusivamente contábil.

⁷⁵ Cf. TJRS, Proc. Cri. 70006259809, 4ª C. Cri., j. 14/08/2003; TJRS, Proc. Cri. 70005505649, 4ª C. Cri., j. 10/04/2003.

4.2 As infrações meramente administrativas

A experiência tem revelado que muitos dos apontamentos do Tribunal de Contas do Estado que são remetidos ao Ministério Público se referem a infrações meramente administrativas punidas na forma do Regimento Interno da Corte, sem que se evidencie enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação a princípio da Administração Pública, não constituindo, portanto, improbidade administrativa.

Esse é o caso das baixas de responsabilidade com ressalvas e aplicação de multas. Outrossim, as despesas glosadas pelo Tribunal de Contas do Estado e as multas aplicadas são convertidas em títulos extrajudiciais, passíveis de exigibilidade pelo Município titular⁷⁶.

A baixa de responsabilidade, com ressalvas, para os critérios do Tribunal de Contas do Estado, corresponde a contas passíveis de regularização administrativa, por intermédio da iniciativa dos próprios administradores apontados. São irregularidades sanáveis, como, por exemplo, a existência de elementos contábeis desqualificados; a inobservância de normas atinentes à administração e controle orçamentário, financeiro, patrimonial ou operacional, ou débitos, conforme sugere a norma do art. 91, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado, que, em princípio, por si só, não evidenciam ato de improbidade administrativa.

Além disso, merece destaque o fato de que o julgamento das contas que resultem em baixa de responsabilidade, com ressalvas, são usualmente acompanhadas de advertências à origem para que adote providências saneadoras ou que visem a regularização dos atos que contenham falhas formais e também para que recolham os valores considerados como gastos indevidamente, além da imposição de multa. Caso não cumprida a decisão do Tribunal de Contas do Estado e não recolhidos os valores correspondentes à multa e glosa de valores, é extraída certidão com eficácia de título executivo extrajudicial⁷⁷.

⁷⁶ O que pode ser investigado pelo órgão de execução do Ministério Público é se o pagamento foi feito ou se o Município ingressou com ação de execução fiscal.

⁷⁷ Segundo entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, “do expediente e da informação que o instrui é de se destacar que após o julgamento definitivo fixando o débito do ordenador de despesas e a correspondente emissão da certidão de débito pelo Tribunal de Contas do Estado, está o

4.3 A questão das contratações emergenciais e temporárias

A experiência tem demonstrado que uma das principais questões submetidas à consideração dos órgãos de execução do Ministério Público diz com o exame das contratações emergenciais e temporárias de servidores públicos sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa.

O elemento central dessa questão é verificar se configura improbidade administrativa a contratação temporária e emergencial de servidores que não se enquadra na moldura da norma do art. 37, IX, da Constituição Federal. Essa normalização dispõe que o ingresso no serviço público deve se dar por intermédio de concurso público, ressalvada a hipótese de contratação temporária, conforme a necessidade de excepcional interesse público⁷⁸. A questão que deve ser respondida é se constitui improbidade administrativa a contratação temporária e emergencial de servidores públicos sem a configuração da necessidade de excepcional interesse público. Em princípio, esse comportamento do administrador público pode encontrar adequação com as hipóteses normativas do art. 11 da Lei 8.429/92, exatamente porque viola os princípios da Administração Pública.

O princípio estabelecido na disposição do art. 37, II, da Constituição Federal, é no sentido de que o concurso público é a via adequada para ingresso no serviço público. Contudo, a normalização constitucional abre o sistema para a hipótese de contratação temporária e emergencial a fim de que o administrador público, em situação de excepcional interesse público, em caso de urgente a necessidade de pessoal, realize contratação emergencial e temporária de servidores públicos.

administrador local habilitado para efetivar a cobrança daquele valor. O procedimento inicia pela via administrativa e, na ausência de êxito, cabe a via judicial para fazer com que a dívida com o erário seja satisfeita” [Cf. TCERS, Parecer 49/2001. Disponível em <http://www.tce.rs.gov.br>. Acesso em 07/03/2006].

⁷⁸ A outra exceção está na norma do art. 37, II, da Constituição Federal, que trata dos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração. Além disso, as normas do art. 198, §§ 4º, 5º e 6º, da Constituição Federal, acrescentadas pela recente Emenda Constitucional 51/2006, estabelecem a possibilidade de os gestores públicos locais do sistema único de saúde contratarem agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de “processo seletivo público”.

O principal elemento a ser observado é que a normalização constitucional faz referência à *excepcional interesse público*. Com isso, resulta evidenciado que não é qualquer necessidade eventual que justifica este tipo de contratação, mas somente o excepcional interesse público. Trata-se, efetivamente, de um conceito jurídico de termos indeterminados, mas nem por isso sua integração escapa ao controle jurisdicional.

Um critério para a aferição de uma situação de excepcional interesse público é relacioná-la às hipóteses de calamidade pública e de utilidade pública, previstas nas normas dos arts. 5º, XXIV, art. 21, XVIII, art. 136, II, art. 148, I, e art. 167, § 3º, da Constituição Federal. A respeito disso, no âmbito da normalização infraconstitucional, merece destaque a Resolução 3/1999, do Conselho Nacional de Defesa Civil, segundo a qual a situação de emergência consiste no reconhecimento, pelo poder público, de situação anormal, provocada por desastres, causando danos insuperáveis à comunidade afetada e o estado de calamidade, como, por exemplo, o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes.

De qualquer modo, a verificação da configuração ou não da situação de excepcional interesse público somente pode ser rastreada no caso concreto. Com isso, sempre que a contratação temporária e emergencial de servidores públicos desbordar dessa situação de excepcional interesse público, em tese, a configuração da prática de ato de improbidade administrativa pode ser racionalmente justificada.

A respeito dessa questão, contudo, não se deve desprezar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a norma do art. 37, IX, da Constituição Federal, que autoriza exclusivamente contratações em caráter eventual, temporário ou excepcional, "não separa de um lado atividades em caráter eventual, temporário ou excepcional e de outro lado atividades de caráter regular e permanente. Não autoriza exclusivamente a contratação por tempo determinado de pessoal que desempenha atividades de caráter eventual, temporário ou eventual. Amplamente

autoriza contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, em uma e outra hipótese⁷⁹.

A experiência revela que a prática da contratação temporária e emergencial de servidores públicos tem sido efetivada por intermédio de leis ou de outros atos normativos autorizativos e, em algumas situações, independentemente de qualquer autorização normativa.

A atuação do órgão de execução do Ministério Público nesses casos pode ser materializada a partir de várias alternativas, conforme as particularidades do caso concreto. Assim, pode-se cogitar do ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal autorizativa da contratação temporária; da celebração de termo de ajustamento de conduta e, ainda, de uma ação de improbidade administrativa.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul tem ajuizado um número significativo de ações direta de inconstitucionalidade em face de leis municipais

⁷⁹ Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucionais as contratações temporárias no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, julgando improcedente ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido da Frente Liberal contra a Medida Provisória 136/03, que inseriu o artigo 81-A na Lei 8.884/94, autorizando as contratações, pelo período de 12 meses, de "pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais". O Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar e suspendeu a eficácia da normalização, entendendo que as atividades do CADE devem ser exercidas por titulares de cargos públicos e que a Constituição Federal exige concurso público para investidura em cargo ou emprego público, conforme a norma do art. 37, II, da Constituição Federal. Acrescentou que a "lei pode realmente estabelecer casos de contratação por prazo determinado, mas a legitimidade respectiva pressupõe, como objeto, atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Isso, a toda evidência, não ocorre na espécie, sob pena de transmutar-se a exceção, tornando-a regra". Sem embargo, a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão em exame seguiu a divergência aberta pelo Ministro Eros Grau, segundo o qual a norma do art. 37, IX, da Constituição Federal, que autoriza exclusivamente contratações em caráter eventual, temporário ou excepcional, "não separa de um lado atividades em caráter eventual, temporário ou excepcional e de outro lado atividades de caráter regular e permanente. Não autoriza exclusivamente a contratação por tempo determinado de pessoal que desempenha atividades de caráter eventual, temporário ou eventual. Amplamente autoriza contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, em uma e outra hipótese". O Ministro Eros Grau acrescentou que "não existe discriminação, pois a autorização que se encontra no texto constitucional é ampla", explicitando que, no caso, o que se pretende é suprir a carência de pessoal temporariamente, enquanto é criado o quadro de pessoal permanente no CADE, atendendo-se "à necessidade temporária de excepcional interesse público". Ao votar com a divergência iniciada pelo Ministro Eros Grau, o Ministro Nelson Jobim, desempatou o julgamento, destacando que "a atividade exercida pelo CADE se desenvolveu com maior necessidade a partir de 2001, quando houve o início das fusões e das mudanças da participação econômica das empresas brasileiras na concorrência internacional", disso resultando um problema "urgente e é uma absoluta necessidade do país ter soluções rápidas nessas questões" [Cf. STF, ADIn. 3068, j. 25/08/2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20/02/2006].

autorizativas de contratação temporária e emergencial de servidores, notadamente quando a hipótese não revela a existência de excepcional interesse público ou se trata de contratação para atividades permanentes que devem ser exercidas por servidores públicos detentores de cargos efetivos. Aliás, o Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público expediram recomendação solicitando que os Promotores de Justiça verificassem a existência de leis municipais autorizativas de contratações temporárias e, conforme o caso, as encaminhassem à Procuradoria-Geral de Justiça para eventual controle de constitucionalidade⁸⁰. Sobre essa questão, aliás, a orientação da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem sido no sentido de decretar a inconstitucionalidade da normalização que desborda da hipótese normativa estabelecida na norma do art. 37, IX, da Constituição Federal. Assim, por exemplo, tem sido declarada a inconstitucionalidade de lei municipal que autorizar a contratação temporária e emergencial de servidores para o exercício de cargos que devem ser de provimento efetivo, pois tratam de atividades permanentes⁸¹.

Outra alternativa de atuação do órgão de execução do Ministério Público é a de entabular com o Prefeito Municipal a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, em que pode restar avençada a desconstituição das contratações emergenciais contrárias ao Direito e a assunção da obrigação de não-contratação temporária de servidores⁸², ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição Federal.

Afora essas duas alternativas de atuação do órgão do Ministério Público, tem-se o exame quanto à caracterização ou não de improbidade administrativa em decorrência da contratação temporária e emergencial de servidores públicos não adequada à exceção estabelecida na normalização constitucional. Para melhor compreensão dessa questão, é necessário distinguir as hipóteses em que a contratação temporária e emergencial realizada é precedida de lei municipal e as hipóteses em que a contratação não é intermediada pela autorização legislativa.

⁸⁰ Cf. Of. Circ. Gab. 742/2005. Disponível em <http://intra.mp.rs.gov.br/caocivel>. Acesso em 16/04/2006.

⁸¹ Cf. TJRS, ADIn. 70011458197, j. 08/08/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006. Nessa decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a lei municipal violou o princípio do concurso público para ingresso no serviço público, pois se tratava de normalização destinada a autorizar a contratação temporária de servidores para exercerem atividades de evidente caráter permanente como, por exemplo, a de assistentes sociais, de dentistas, de operadores de máquinas e de equipamentos rodoviários.

Quando a contratação temporária e emergencial não é precedida de autorização legislativa municipal, a configuração dos elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa pode ser mais facilmente demonstrada. A caracterização da improbidade administrativa torna-se ainda mais fácil se evidenciado que esse é o comportamento reiterado do administrador público. Do mesmo modo, se as atividades para as quais foram contratados os servidores são de caráter permanente que devem ser exercidas por servidores públicos com cargo efetivo ou se o número de servidores contratados temporariamente é bastante significativo em relação ao número de servidores públicos com cargo efetivo⁸³. Nesses casos, os elementos constitutivos da improbidade administrativa podem ser demonstrados sem mais. A caracterização de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública requer o elemento subjetivo doloso, de tal sorte que a procedência da demanda está condicionada à demonstração de que o réu, consciente e voluntariamente, contratou os servidores em desacordo com as normas do art. 37, II e IX, da Constituição Federal.

Quando a contratação temporária e emergencial de servidores é precedida de autorização legislativa, a caracterização de improbidade administrativa exige uma investigação mais detalhada das circunstâncias da situação em concreto. Nesses casos, a autorização normativa especifica a situação de excepcional interesse público, além de determinar o período de vigência das contratações temporárias e emergenciais. Por isso mesmo, a caracterização da improbidade administrativa é um pouco dificultada porque a contratação temporária e emergencial levada a efeito pelo administrador público tem a chancela do Poder Legislativo.

Isso, contudo, não inviabiliza a caracterização de improbidade administrativa. A respeito, merece registro ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público em face do Prefeito Municipal de Canguçu, que, na gestão 1997/2000, reeleito para a administração 2001/2004, no período de 1º/01/1997 a 31/08/2001, não realizou nenhum concurso público, tendo efetuado 2.032 (duas mil e trinta e duas) contratações de servidores

⁸² Cf. Of. Circ. Gab. 742/2005. Disponível em <http://intra.mp.rs.gov.br/caocivel>. Acesso em 16/04/2006.

⁸³ Esse foi o caso da contratação temporária e emergencial de mais de mil servidores para o exercício de atividades permanentes no Município de Sapucaia do Sul, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecido a prática de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração

públicos municipais por prazo determinado, através de sucessivas leis autorizativas, incorrendo em flagrante burla do princípio da investidura nos cargos públicos por intermédio da realização de concurso público. Destas, 962 admissões temporárias tiveram seu registro negado pelo Tribunal de Contas do Estado e mais 578 contratações por prazo determinado tiveram declarada a sua ilegalidade, também pelo Tribunal de Contas do Estado, totalizando o montante de 1.540 (uma mil quinhentas e quarenta) admissões temporárias ilegais no período. No caso, entendeu-se que o Prefeito Municipal, ao admitir um grande número de servidores públicos municipais fora das hipóteses previstas nos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal – sem concurso público e não se tratando de contratação para atender a necessidade de excepcional interesse público – incorreu em infringência aos princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade e investidura em cargo público mediante concurso⁸⁴.

Em síntese, o que deve ser verificado é se contratações necessárias resultam de fato imprevisível, como a emergência, a calamidade pública, o atraso imprevisto em concurso público em andamento, a necessidade imediata de implantação ou manutenção de serviço necessário à população ou da ausência de planejamento administrativo. Em essência, deve ser examinado se há realmente excepcional interesse público em que se realizem contratos temporários e emergenciais ou se as necessidades de recursos humanos não poderiam ter sido supridas por concurso público. Do mesmo modo, deve ser verificado se há uma situação de excepcional interesse público para a contratação temporária e emergencial de servidores públicos para o exercício de atividades permanentes, quando, para os mesmos cargos, houver candidatos aprovados em concurso público aguardando nomeação⁸⁵. Igualmente, deve ser verificado se o

Pública [Cf. TJRS, Ap. Cív. 70001109867, 3ª C. Civ., j. 12/04/2001. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006].

⁸⁴ Cf. ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade proposta pelo Promotor de Justiça da Procuradoria de Prefeitos, José Francisco Seabra Mendes Júnior [Disponível em <http://www.intra.mp.rs.gov.br/caocivel>. Acesso em 02/03/2006].

⁸⁵ Essa situação é objeto de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público contra o Prefeito Municipal de Gravataí [Disponível em <http://www.intra.mp.rs.gov.br/caocivel>. Acesso em 02/03/2006]. Em precedente que guarda alguma similitude com essa questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a existência de direito líquido e certo à desconstituição de contratação temporária e emergencial para o cargo ao qual havia candidato aprovado em concurso público, aguardando apenas a nomeação [Cf. TJRS, Ap.Civ. 70001801166, j. 14/02/2001. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006]. No mesmo sentido, pode ser rastreado entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é “unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, à título de contratação precária” [Cf. STJ, REsp. 263.071, j. 24/10/2000. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 02/03/2006].

comportamento do administrador público é reiterado no sentido de privilegiar a prática da contratação temporária e emergencial de servidores à realização de concursos. Por fim, um elemento que não pode ser desprezado: deve-se investigar se o agente ou seus apadrinhados políticos não resultam beneficiados de algum modo com essa preferência para as contratações temporárias e emergenciais de servidores.

4.4 A terceirização

Uma questão que não raras vezes é confrontada com a normalização da Lei de Improbidade Administrativa é a que diz respeito à terceirização dos serviços públicos. O principal elemento a ser considerado é que a terceirização dos serviços públicos encontra justificativa racionalmente rastreável no Direito brasileiro.

Segundo entendimento do Tribunal de Contas do Estado, a Administração Pública pode terceirizar licitamente os serviços públicos de *i*) trabalho temporário⁸⁶; *ii*) limpeza; *iii*) conservação; e *iv*) os especializados ligados às atividades-meio do Estado⁸⁷. Assim, nessas hipóteses, a terceirização do serviço público, por si só, não constitui ato de improbidade administrativa.

Caso a contratação de serviço público desborde dessas hipóteses, em tese, é possível a caracterização de improbidade administrativa. É bem verdade que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, conforme se pode retirar da norma do art. 37, II, da Constituição Federal⁸⁸, mas isso não

⁸⁶ A norma do art. 10 da Lei 6.019/74 dispõe o contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de 3 (três) meses.

⁸⁷ Cf. TCRS, Parecer Coletivo 03/97 do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Disponível em www.tce.rs.gov.br/Pareceres_ASC/Pareceres_de_1997/pdf/par03-97.pdf. Acesso em 08/03/2006.

⁸⁸ A respeito, o Enunciado 331 do Superior Tribunal do Trabalho dispõe que: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - *Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000*: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam

afasta a possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa, especialmente na hipótese normativa do art. 11 da Lei 8.429/92, caso evidenciado os seus elementos constitutivos.

Uma questão que invariavelmente é submetida a exame dos órgãos de execução do Ministério Público, a respeito da terceirização do serviço público, está relacionada a prática de contratação de falsas cooperativas de trabalho⁸⁹, que, na realidade, são empresas de prestação de serviços e alocação de mão-de-obra, cujo atrativo para o tomador do serviço é eximir-se das obrigações previdenciárias, trabalhistas⁹⁰ e, fundamentalmente, da realização de concurso público. Não raras vezes essa prática é levada a efeito por intermédio de licitação viciada. O resultado dessa contratação de serviço público por intermédio de pseudo-cooperativas de trabalho é o estabelecimento de uma relação informal, sem carteira de trabalho, sem registro, sem recolhimentos, enfim, deixando o “cooperativado” à margem de todas as garantias legais e, muitas das vezes, sob o poder dos “donos das cooperativas”, verdadeiros intermediadores de mão-de-obra que, ao seu talante, escolhem quem pode e quem não pode trabalhar.

participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”. Disponível em http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_doc_atual.doc. Acesso em 09/03/2006.

⁸⁹ Em tese, todas as cooperativas de trabalho infringiriam o que dispõe o Enunciado nº 331 do TST, uma vez que: “1. A cooperativa não é empresa especializada em prestar serviços a terceiros, como exige o Enunciado, devido a inversão harmônica dos fatores de produção, onde o fim principal é social e não econômico; 2. As cooperativas visam a promoção social de seus membros, movidos pelo ideal de eliminação do intermediário, figura necessária e caracterizadora da terceirização segundo o enunciado; 3. Quando atuam, as cooperativas não estão voltadas para as atividades –meio, mas para qualquer atividade de seu tomador de serviços, o que colide com uma das principais exigências de regularidade da terceirização prevista pelo En 331.” [SOHSTEN, Érika da Rocha von. Cooperativas de trabalho: escravidão? Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/coopera2.html>. Acesso em: 12/03/2006].

⁹⁰ A norma do art. 442, parágrafo único, da CLT, dispõe que qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. Por sua vez, a norma do art. 71, *caput*, da Lei 8.666/93, ao dispor sobre os limites da responsabilização contratual da Administração Pública, estabelece que contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Além disso, dispõe o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. Outrossim, a norma do art. 71, § 2º, da Lei 8.666/92, estabelece que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Nesse caso, então, a contratação pode constituir ato de improbidade administrativa na modalidade normativa do art. 11 da Lei 8.429/92 porque violados os princípios da Administração Pública.

Evidentemente, disso não se trata se a hipótese é a de contratação de cooperativas de trabalho reais, as quais não podem ter vedada a possibilidade de participação em licitações públicas para contratação terceirizada, simplesmente pelo fato de constituírem cooperativas de trabalho⁹¹.

4.5 A publicidade

O que se pretende verificar é a possibilidade de configuração de improbidade administrativa pela via da utilização da publicidade oficial em desvio de finalidade.

O princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, que encontra justificação na norma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, tem em mira alcançar transparência aos atos estatais de tal sorte que os administrados conheçam todo o comportamento estatal. Segundo Bastos, o princípio da publicidade resguarda “tanto os interesses individuais, como defende os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos”⁹².

Um primeiro elemento para a compreensão do princípio da publicidade dos atos estatais é que a expressão *publicidade*, que por vezes se confunde com a

⁹¹ Cf. TJRS, Ag. Inst. 70009500414, 1ª C. Civ. j. 20/10/2994. Nessa decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu ser ilegal, “em princípio, a desabilitação de Cooperativa de Trabalho de certame licitatório em razão dos benefícios e privilégios concedidos a esse tipo de pessoa jurídica. Possibilidade de participação de tais Cooperativas, desde que os serviços licitados sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados em relação às respectivas Cooperativas e em relação ao tomador do serviço. Condição esta que restou clara e expressa no acordo judicialmente homologado nos autos da ação civil pública que o Ministério Público do Trabalho moveu contra o ora agravante, em especial na cláusula 3.ª, § 1.º, do referido acordo, o qual só foi homologado pelo teor da referida cláusula, como se infere da fundamentação da sentença homologatória que deixou expressa a ilegalidade de pura e simplesmente não contratar tais Cooperativas apenas por se tratarem de Cooperativas de Trabalho”. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br.com>. Acesso em 12/03/2006.

⁹² Cf. BASTOS, Celso. Publicidade dos atos estatais. Princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 10, 1995, p. 98-104. Disponível em: <http://www.ibdc.com.br>. Acesso em: 03/03/2006.

propaganda, deverá ser analisada em todos os seus significados. Nesse sentido, é necessário que se observe que, em termos de Administração Pública, publicidade poderá significar: *i)* a que se refere à publicidade, seguida de publicação na imprensa oficial de determinados atos administrativos, tais como leis, decretos, atos de nomeação, etc., a qual é obrigatória, posto constituir-se em requisito de eficácia do próprio ato; *ii)* a que se refere à publicidade, também obrigatória, mas não necessariamente seguida de publicação na imprensa oficial, aí se compreendendo a divulgação que é feita através da afixação, em locais públicos, de avisos ou editais de tomada de preços, por exemplo; *iii)* a que se refere à publicidade, seguida de divulgação na imprensa, sem caráter obrigatório, de atos, obras e serviços, sem que se configure ou sugira a promoção pessoal de quem quer que seja⁹³.

Com essas modalidades, contudo, não se deve confundir a prática da utilização da publicidade para fins de propaganda de agentes políticos ou públicos que, não raramente, se utilizam de obras ou serviços públicos para, indiretamente, realizarem promoção pessoal.

A propaganda do agente público, mascarada sob a forma de publicidade oficial, utilizada para fins de promoção pessoal do agente público encontra vedação constitucional, conforme dispõe a norma art. 37, XXI, §1º, da Constituição Federal. Essa normalização dispõe que a publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A partir disso, então, não deve haver dúvida quanto à correção do comportamento do administrador público que se utiliza da publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos em caráter educativo, informativo ou de orientação social. Nessa linha, o agente público pode utilizar de todos os meios de comunicação para veiculação da publicidade de seus atos oficiais, pois a norma constitucional não veda o uso de nenhum instrumento publicitário. A mídia falada, escrita e visual pode ser empregada para atingir os fins visados pelo Poder

⁹³ Cf. TCERS, Parecer Coletivo 05/90 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em http://www.tce.rs.gov.br/Pareceres_ASC/Pareceres_ate_96/pdf/par05-90.pdf. Acesso em 03/03/2006.

Público. A exigência é que o conteúdo do veiculado tenha por fim a educação, a informação e a orientação da sociedade. De qualquer modo, não é demasiado observar que a publicidade, mesmo no âmbito normativo do 37, XXI, § 1º, da Constituição Federal, deve observar os princípios da proporcionalidade e o da economicidade, ou seja, o agente público deverá utilizar os meios regulares e eficazes para que cada mensagem publicitária alcance sua finalidade, com o mínimo custo ao erário, pois os gastos com publicidade devem ser previstos no orçamento público.

O que não encontra justificção na normalização constitucional e, por isso, pode constituir improbidade administrativa, é a utilização do espaço público para veiculação da publicidade oficial ou de caráter educativo, informativo ou social, com finalidade de promoção pessoal do agente público. Nesse caso, o agente público utiliza a publicidade em desvio de finalidade, configurando tanto a improbidade administrativa da hipótese normativa do art. 11 da Lei 8.429/92, como a do art. 10 da Lei 8.429/92, pois, muito provavelmente, há dispêndio de recursos do erário para custear a execução da publicidade.

A experiência tem revelado, contudo, que somente em situações específicas a utilização da publicidade, tendencialmente empregada para fins de promoção pessoal do administrador público, resulta em caracterização de responsabilidade por ato contrário ao Direito. É bem verdade que podem ser rastreados precedentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no sentido de que “a inclusão de *slogan* na publicidade dos atos da administração pública, com conteúdo subliminar que o identifica com o partido político dos governantes, constitui propaganda pessoal ilícita”, vedada pela norma do art. 37, § 1º, da Constituição Federal, pois “a impressão do *slogan* ocupa espaço desnecessário, encarecendo as publicações com lesão ao erário público e não atende aos requisitos de ter caráter educativo, informativo ou de orientação social”⁹⁴. Igualmente, registra-se precedente em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que a utilização de “fotografia do administrador” em publicidade da Administração Pública, “em inclusão agigantada e de fácil identificação, tem a conotação significativa de promoção pessoal indevida”,

⁹⁴ Cf. TJRS, Emb. Inf. 593129422, j. em 01/07/1994. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006.

conforme deixa saber a norma do art. 37, § 1º, da Constituição Federal”⁹⁵. Sem embargo, os precedentes mais recentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul orientam-se no sentido de que a inserção de expressões identificadoras da linha política do administrador público – como, por exemplo, a utilização do *slogan* “Administração Popular” pelos governos exercidos pelo Partido dos Trabalhadores na Prefeitura Municipal de Porto Alegre e no Estado do Rio Grande do Sul ou do *slogan* “A força que vem do Povo” do governo do Partido Democrático Trabalhista no Estado do Rio Grande do Sul – não constitui infração à norma do art. 37, § 1º, da Constituição Federal, não se podendo falar em improbidade administrativa⁹⁶.

O que se retira dessas observações, em apertada síntese, é que a veiculação da publicidade estatal praticada em desvio de finalidade, visando à promoção pessoal do gestor público, pode constituir improbidade administrativa. Para isso, contudo, é necessário que do ato do administrador público possam ser extraídos todos os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa, notadamente o elemento subjetivo. Assim, deve ser demonstrado que o agente público, consciente e voluntariamente, utilizou-se da publicidade estatal para fins de promoção pessoal. Nesses casos, muito provavelmente, ao lado da violação dos princípios da Administração Pública, tem-se prejuízo ao erário.

O problema é que em raras situações esses elementos podem ser demonstrados para efeitos de caracterização de improbidade administrativa. Na verdade, somente nas hipóteses de manifesta utilização da publicidade dos atos da Administração Pública para fins de promoção pessoal do administrador público como, por exemplo, a utilização de fotografias do agente político em *outdoors*, é que a caracterização de improbidade administrativa pode se dar sem mais. Quando, no entanto, há o emprego de *slogans* vinculados politicamente ao administrador público – por exemplo, *Administração Popular*, vinculado aos governos do PT de Olívio Dutra e Raul Pont; *a gente sabe o que quer, a gente sabe aonde vai*, vinculado ao Governo do PMDB de Antônio Brito; *a força que vem do povo*, vinculado ao governo do PDT de Alceu Collares – em documentos oficiais ou em *outdoors* destinados à divulgação dos fatos da

⁹⁵ Cf. TJRS, Ap. Cív. 597112994, j. 23/12/98. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006.

Administração Pública, o entendimento é que essa constitui uma prática corrente no âmbito das administrações públicas, não constituindo improbidade administrativa porque se trata de “costume administrativo”⁹⁷.

Outra questão que merece exame é a que diz com a prática da publicidade de atos de gestão do administrador público custeada com recursos privados. Esse comportamento, em tese, pode constituir ato contrário ao Direito. Caso, por exemplo, a motivação do agente privado seja a de obter algum benefício ou vantagem indevida da Administração Pública no futuro, pode resultar configurado ato de improbidade administrativa. É correto que não há prejuízo ao erário no primeiro momento – quando o agente privado custeia a despesa de publicidade de algum ato de gestão do administrador público – mas, em um segundo momento, conforme as circunstâncias, é possível a violação de princípios da Administração Pública ou até mesmo dano ao erário.

A respeito dessa questão, Brito dos Santos destaca o caso do chamado “presente publicitário”, em que o “agente público aceita que a sua publicidade autopromocional seja custeada por recursos privados de quem tem interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”⁹⁸.

De todo o modo, a ilicitude da publicidade de atos de governo custeada por terceiros dependerá da existência do ajuste espúrio entre o administrador beneficiado e o financiador ou de violação aos princípios da Administração Pública.

⁹⁶ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70003683190, j. 23/05/2002. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006.

⁹⁷ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70003683190, j. 23/05/2002. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 02/03/2006.

⁹⁸ Cf. BRITO DOS SANTOS, Carlos Frederico dos. A publicidade autopromocional do agente público como ato de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/da0036.htm>. Acesso em 02/03/2006.

4.6 Uso abusivo de bem público

A questão da utilização indevida de bem público para fins privados tem sido objeto de interessante confrontação com a normalização da Lei de Improbidade Administrativa.

Em primeiro lugar, destaca-se que a utilização, em obra ou serviço particular, de veículos, de máquinas, de equipamentos, de material ou de mão-de-obra das entidades catalogadas na norma do art. 1º da Lei 8.429/92, em favor dos próprios agentes públicos integrantes dessas instituições, constitui improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, conforme a hipótese normativa do art. 9º, IV, da Lei 8.429/92. Nesse caso, a vantagem econômica indevida consiste na própria utilização e fruição do bem ou do serviço público pelo próprio gestor público. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, no caso, consiste na vontade consciente do agente em se utilizar de bem público em proveito próprio.

É o que se retira, por exemplo, do comportamento do Prefeito Municipal que determina o deslocamento de servidores e máquinas da Prefeitura Municipal para realizar obras de recuperação de estradas no interior de sua própria fazenda. Nesse caso, tem-se a vantagem patrimonial indevida, consistente na recuperação das estradas pelos servidores e máquinas do Município e, ao mesmo tempo, dano erário, consistente no custo da mão-de-obra dos servidores e das máquinas utilizadas para a recuperação das estradas. Outro caso é a utilização de veículos dos órgãos públicos para a realização de viagens destinadas à satisfação de interesses privados dos próprios agentes públicos. Assim, por exemplo, constitui improbidade administrativa o secretário municipal utilizar veículo da Prefeitura Municipal, que está a sua disposição, para viajar a outro Município a fim de tratar de assunto pessoal.

Nesses casos, portanto, é o próprio agente público que resulta diretamente favorecido pela utilização, em obra ou serviço particular, de veículos, de máquinas, de equipamentos, de material ou de mão-de-obra das entidades catalogadas na norma do art. 1º da Lei 8.429/92.

Em segundo lugar, observa-se que constitui improbidade administrativa o fato de o agente público permitir que terceiro utilize, em obra ou serviço particular, os veículos, as máquinas, os equipamentos, os materiais ou a mão-de-obra das entidades catalogadas na norma do art. 1º da Lei 8.429/92. Aqui, então, os favorecidos são terceiros e não, pelo menos diretamente, os próprios agentes públicos. É disso que cuida a hipótese normativa do art. 10, XIII, da Lei 8.429/92. É o que ocorre, por exemplo, quando o Prefeito Municipal determina o deslocamento de mão-de-obra e máquinas da Prefeitura Municipal para realizar obras em favor de seus correligionários ou apadrinhados políticos. Aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul registra precedente no sentido de que constitui improbidade administrativa o ato de o Prefeito Municipal autorizar a utilização de veículo pertencente ao Município para que funcionários viajassem e assistissem a jogo de futebol⁹⁹. Igualmente, merece registro precedente no qual resultou o Prefeito Municipal responsabilizado pela prática de improbidade administrativa porque autorizou a utilização de veículo e pagamento de diárias a servidores públicos para viagem à cidade onde não havia interesse público do Município¹⁰⁰.

4.7 O fracionamento de compras como forma de burlar a obrigatoriedade de licitação¹⁰¹

A experiência revela que os órgãos de execução do Ministério Público tem manejado um número significativo de investigações cujo objeto é a prática do fracionamento de compra de bens como forma de afastar a concretização do princípio da obrigatoriedade da licitação. Esse comportamento do administrador público, em tese, constitui improbidade administrativa.

⁹⁹ Cf. TJRS, Ap. Cív. 70006564926, 22ª C. Cív., j. 26/08/2003. Nessa decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que “caracteriza ato de improbidade fundado no art. 10, II da Lei nº 8.429/92 a autorização dada pelo Vice-Prefeito, no exercício do cargo de Prefeito, a funcionários sorteados, para comparecer à Capital do Estado e assistir a jogo de futebol”.

¹⁰⁰ Cf. TJRS, Ap. Cív. 70006639587, 22ª C. Cív., j. 02/09/2004. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 16/03/2006. No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela ausência de interesse público do Município de Santana do Livramento, em viagem realizada ao Município de Júlio de Castilhos, para cuidar do assunto da invasão de terras pelo Movimento dos Sem-Terras – MST. Na hipótese, o Prefeito Municipal determinou que servidores municipais, percebendo diárias e utilizando veículo do município, armados, fossem à Júlio de Castilhos para auxiliar o seu amigo Régis Salles diante do movimento do MST.

¹⁰¹ Este item segue o artigo de SEABRA MENDES JR, José Francisco. Fracionamento de compras com forma de burlar a obrigatoriedade de licitação e suas conseqüências à luz da Lei 8.429/92. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/caocível>. Acesso em 16/03/2006.

O expediente utilizado pelo administrador público para desviar-se do dever de realizar o certame de licitação é o de fragmentar as compras, no intuito de manter o valor de cada aquisição individual dentro do limite imposto pela Lei 8.666/93, para, desse modo, justificar a dispensa de licitação. Assim, ao invés de efetuar uma compra programada de determinado material, mediante procedimento licitatório, o administrador opta por fragmentar a aquisição em pequenas compras, para que o valor individual de cada uma delas esteja abaixo do limite de R\$8.000,00, oportunizando, a dispensa de licitação. Esse fracionamento irregular das despesas relativas a compras pode ser detectado a partir da constatação da sucessiva contratação de aquisição de mercadorias, em determinado período, ao invés da realização de licitação única para oportunizar a compra destas mesmas mercadorias durante o mesmo período, de um fornecedor selecionado a partir do certame público exigido em lei. Para que se analise eventual ocorrência de irregularidade no fracionamento de despesas, primeiramente cumpre seja examinado se houve alguma circunstância excepcional a caracterizar a emergencialidade em cada uma das contratações¹⁰². Depois, indispensável é a verificação da identidade de objeto em cada uma das compras, como, por exemplo, sucessivas aquisições de medicamentos. Além disso, recomendável a demonstração da proximidade temporal entre os contratos, de modo a evidenciar a intenção do administrador de não realizar licitação, evitando a estocagem de produtos, e de utilizar a contratação direta como única forma de aquisição de determinado bem material, durante certo período¹⁰³.

Uma diferenciação importante é a que deve ser feita entre o fracionamento de contratações previsto no art. 23, § 5º, da Lei 8.666/93, e o fracionamento realizado apenas para burlar a obrigatoriedade de licitação nas compras da Administração Pública. O fracionamento contemplado pelo art. 23, § 5º, da Lei 8.666/93, refere-se aos casos em que parcelas de natureza específica de uma obra ou serviço podem ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço globalmente considerado. A respeito dessa hipótese, Pereira Jr. observa que constitui

¹⁰² Os incisos III e IV do art. 24 da Lei 8.666/93 autorizam a contratação emergencial com dispensa de licitação nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou em casos de emergência ou calamidade pública.

exceção à vedação do “uso do convite ou tomadas de preços para licitar a execução de parcelas de obra ou serviço, nas hipóteses que menciona”, sendo que “a especialização derroga a vedação porque resultaria preservada a regra geral de evitar o parcelamento da execução que favoreça determinado licitante, em detrimento dos demais”¹⁰⁴. Na mesma linha, Justen Filho deixa saber que “é perfeitamente válido (eventualmente, obrigatório) promover fracionamento de contratações”, não se admitindo, contudo, que isso conduza à dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Em caso de haver “pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global – tanto para fins de aplicação do art. 24, incs. I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível de licitação”¹⁰⁵.

A falta de licitação, quando obrigatório o certame público, pode encontrar tipificação tanto no catálogo da norma do art. 10 da Lei 8.429/92 como no da norma do art. 11 da Lei 8.429/92¹⁰⁶.

A não-realização de licitação acompanhada de prejuízo ao erário, configura a improbidade administrativa justificada pela norma do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92.

Ao efetuar sucessivas contratações diretas, com o nítido intuito de frustrar a realização do certame licitatório, o administrador público pode causar manifesto dano ao erário, na medida em que não é viabilizada a livre concorrência de mercado, que, pelas leis da economia, tende a reduzir os preços. Com isso, o Poder

¹⁰³ Cf. SEABRA MENDES JR., José Francisco. Fracionamento de compras com forma de burlar a obrigatoriedade de licitação e suas conseqüências à luz da Lei 8.429/92. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/caocível>. Acesso em 16/03/2006.

¹⁰⁴ Cf. PEREIRA JR., Jessé Torres. *Comentários à nova lei de licitações públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.124.

¹⁰⁵ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 223. É interessante acrescentar, ainda, que “não se admite o parcelamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Seria permitido o parcelamento para contratações sucessivas? Não há resposta absoluta. Depende das circunstâncias, tal como exposto a propósito do art. 23, § 5º, especialmente quanto ao princípio da moralidade. Significa que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos, deve considerar-se o valor global. A regra subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas – proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento de licitação ou da modalidade cabível. Se a contratação superveniente derivar de evento não previsível, porém, nenhum vício existirá em tratar-se os dois contratos como autônomos e dissociados” [Cf. Idem, ibidem].

¹⁰⁶ Em casos específicos, a não-realização de licitação pode ainda configurar improbidade administrativa com enriquecimento ilícito, hipótese em que daí a tipificação é a da norma do art. 9º da Lei 8.429/92.

Público contrata diretamente junto a determinado fornecedor, pagando preços superiores aos que poderia obter em uma licitação, por não se permitir conhecer quais seriam as condições de preço e pagamento propostas pelos demais fornecedores do mercado. Aliado a isso, não é raro que reste constatada a sobrevalorização dos produtos adquiridos em contratos realizados sem prévia licitação, de modo a viabilizar o enriquecimento ilícito de terceiros, em geral apaniguados do administrador. O exame da ocorrência de lesão ao erário é viabilizado a partir da análise minuciosa dos preços praticados nos contratos realizados sem prévia realização de licitação, em cotejo com os preços de mercado da época do contrato. Uma vez constatada a sobrevalorização dos produtos adquiridos através da contratação direta, propiciada pelo expediente fraudulento da dispensa indevida de licitação, estará caracterizado o dano ao erário, podendo ser aplicado, na espécie, o art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, desde que reste demonstrada a existência da conduta dolosa ou, no mínimo, com culpa grave por parte do administrador público¹⁰⁷.

Além dessa hipótese, a não-realização de licitação pode configurar improbidade administrativa por ofensa aos princípios que informam a administração pública e também por violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, conforme se pode retirar da norma do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92. Se o ordenamento jurídico exige que a compra de determinados bens, pela administração pública, seja precedida de licitação, a indevida e deliberada dispensa do certame público configura prática de ato ilegal, com violação dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da honestidade e da moralidade administrativa.

A violação ao princípio da legalidade pode ser evidenciada pelo indevido fracionamento da compra de bens com intenção de burlar o certame licitatório. Além disso, a contratação direta de determinado serviço, obra ou aquisição de produto privilegia o contratado, em detrimento dos demais interessados que não dispõem sequer da possibilidade de se habilitarem para uma disputa lícita e em igualdade de condições. Por isso mesmo, essa prática viola o princípio da impessoalidade. Do mesmo modo, essa prática consubstancia violação aos deveres de honestidade e à moralidade

¹⁰⁷ Cf. SEABRA MENDES JR., José Francisco. Fracionamento de compras com forma de burlar a obrigatoriedade de licitação e suas conseqüências à luz da Lei 8.429/92. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/caocivel>. Acesso em 16/03/2006.

administrativa, pois não constitui comportamento que os administrados esperam dos administradores. Ao utilizar o poder no qual foi investido por mandato popular, para dispensar indevidamente o imprescindível certame licitatório e beneficiar indevidamente os fornecedores agraciados com as contratações diretas, o Prefeito Municipal, por exemplo, infringe o princípio da moralidade e o dever de honestidade, ínsitos a todo administrador público. E se a expectativa normativa é de que o administrador público pautar sua conduta em conformidade com o disposto no ordenamento jurídico, o comportamento administrativo que desborda desse padrão de observância rigorosa dos parâmetros legais viola, também, a moralidade administrativa. Por isso, então, não deve haver dúvida no sentido de que o indevido fracionamento de compras de bens ou de contratações de serviços, de tal sorte a permitir dispensa de licitação, pois as compras ou os serviços contratados, isoladamente considerados, não ultrapassam o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), pode constituir improbidade administrativa.

A responsabilidade pessoal do administrador que deliberadamente fraciona despesas atinentes à aquisição de um determinado produto e ignora o somatório das parcelas, para viabilizar a indevida dispensa de licitação, pode ser demonstrada a partir do exame das condições fáticas em que descumprida a obrigatoriedade do certame. Um caso bastante freqüente é o fracionamento das despesas com aquisição de medicamentos, pelos Municípios, em que resta clara a intenção do administrador de não realizar certame licitatório, de modo a beneficiar indevidamente seus apaniguados. O expediente utilizado é bastante simples. As compras de medicamentos são fracionadas, sendo realizadas, em alguns casos, todos os dias, conforme a demanda dos postos de saúde e hospitais. Assim, o valor individual de cada compra não supera o limite de R\$8.000,00 estabelecido pela Lei 8.666/93. Todavia, somados os valores de cada compra individual de medicamentos durante determinado período, resta claramente descumprido o preceito constitucional da obrigatoriedade da licitação. Observa-se que, em se tratando de medicamentos, principalmente aqueles integrantes da listagem dos remédios de atenção básica, é imperativo que o Município realize periódica programação de compras, de modo a suprir constantemente seus estoques, a fim de que não falem medicamentos à população necessitada e para que não tenha de adquirir produtos diretamente nas farmácias, ao preço de balcão. Ademais, ao não realizar licitações para compra de remédios, resta indubitável que o agente público tem a clareza

de que a sua decisão administrativa representa indisfarçável favorecimento a determinados fornecedores em detrimento de outros, configurando, assim, além de possível dano ao erário, grave infração aos princípios da legalidade, da publicidade, da eficiência, da impessoalidade e da moralidade administrativa, resultando também violados os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade¹⁰⁸.

O elemento subjetivo dessas modalidades de improbidade administrativa é o dolo, consistente na vontade livre e consciente do agente público de violar os princípios da administração pública ou então, mais além, de beneficiar indevidamente determinados fornecedores, agraciando-os com sucessivas contratações diretas, valendo-se da inobservância do somatório geral dos valores das compras relativas ao mesmo objeto, e considerando cada compra isoladamente, para dispensar indevidamente o imprescindível certame licitatório. Tal expediente fraudulento, que fraciona valores de compras, para que, individualmente, não ultrapassem o limite para o qual está autorizado legalmente a dispensar o certame licitatório, evidencia o dolo do gestor público, de modo a viabilizar a imputação de ato de improbidade administrativa.

Além disso, essa prática de fracionamento de compra de bens ou contratação de serviço para fins de dispensa de licitação pode encontrar adequação no tipo penal da norma do art. 89 da Lei 8.666/93¹⁰⁹. Aliás, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há precedente no sentido de que “o Prefeito Municipal, como ordenador de despesas, não pode deixar de ser responsabilizado criminalmente, nos termos do art. 89, da Lei nº 8.666/93, quando burla a exigência de licitação, através de expedientes fraudulentos, como o fracionamento de despesa ou, ainda, quando fraudula o próprio certame, com propostas contendo data anterior à do convite, condutas estas, ademais, diversas da descrita no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67, pelo que não há falar em *bis in idem*”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cf. SEABRA MENDES JR., José Francisco. Fracionamento de compras com forma de burlar a obrigatoriedade de licitação e suas conseqüências à luz da Lei 8.429/92. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/caocivel>. Acesso em 16/03/2006.

¹⁰⁹ A norma do art. 89 da Lei 8.666/93, dispõe que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à exigibilidade. Pena- Detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

¹¹⁰ Cf. STJ, REsp. 504.785, 5ª T., j. 02/10/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 12/11/2005.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA PRADO, Francisco Octávio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; REZENDE, Pedro Paulo de. (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BASTOS, Celso. Publicidade dos atos estatais. Princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 10, 1995, p. 98-104. Disponível em: <http://www.ibdc.com.br>. Acesso em: 03/03/2006.
- BRITO DOS SANTOS, Carlos Frederico. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. A publicidade autopromocional do agente público como ato de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/da0036.htm>. Acesso em 02/03/2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. Ed. São Paulo, 2000.
- GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro, 2002.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Inquérito civil: comentários ao Provimento 55/2005*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2006.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Tribunais de contas – aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1999.
- LEITE SAMPAIO, José Adércio; DINO, Nicolau; FREITAS, Nívio de; ANJOS, Roberto dos. (Orgs.). *Improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa, considerações sobre a Lei 8.429/92. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 36, p. 169-184, 1995.
- NIETO, Alejandro. *Direito administrativo sancionador*. 2 ed. Madrid: tecnos, 1994;
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à nova lei de licitações públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- THEODORO JR. Humberto. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil comum*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SEABRA MENDES JR., José Francisco. Fracionamento de compras como forma de burlar a obrigatoriedade de licitação e suas conseqüências à luz da Lei 8.429/92.

Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/caocivel>.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva. In MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.