

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**BÁRBARA DODORICO PEREIRA**

**A ARTICULAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA**

São Paulo

2016

BÁRBARA DODORICO PEREIRA

A ARTICULAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito

ORIENTADOR: Prof. Dr. Rodrigo Oliveira Salgado

São Paulo

2016

BÁRBARA DODORICO PEREIRA

A ARTICULAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade  
de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie,  
como requisito parcial para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito

Aprovada em 25/11/2016

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Rodrigo Oliveira Salgado (Orientador)  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Daniel Francisco Nagão Menezes  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Profa. Dra. Geisa de Assis Rodrigues  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Aos meus pais, Rita de Cássia e João Alberto, por toda a paciência e incondicional apoio ao longo desta jornada; à minha avó, Hilda, figura que tomo como exemplo de mulher.

## RESUMO

A presente pesquisa tem por foco o estudo crítico-científico da articulação do instituto do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, que são atualmente disciplinadas de modo específico pela Lei nº 8.429/1992. Primeiramente, são feitas considerações sobre os aspectos gerais da improbidade administrativa, oportunidade em que se ocupa brevemente da análise dos princípios constitucionais da Administração Pública, conceituação do instituto, histórico de fontes normativas, espécies de atos de improbidade administrativa e suas respectivas sanções, bem como todos os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa. Na sequência, abordam-se os mais relevantes aspectos processuais da ação judicial que tem por objeto a prática do ato de improbidade, dentre os quais a natureza desta espécie de demanda judicial, legitimidade para sua propositura, competência para processamento e julgamento, possíveis medidas cautelares que nela podem ser concedidas e prazos prescricionais a ela aplicáveis. Sucessivamente, ainda tratando de questões de ordem processual, parte-se para uma sucinta análise do ônus probatório no direito brasileiro, ocasião em que se aproveita para delimitar o conceito do instituto e demonstrar as regras de sua aplicação prática no processo civil, penal e administrativo. Por fim, após analisar as principais circunstâncias que envolvem a Lei de Improbidade Administrativa e a Teoria Geral da Prova, cuida-se especificamente da articulação do ônus probatório e da possibilidade de sua inversão nas ações de improbidade administrativa, momento em que também se analisam alguns emblemáticos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da temática.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Ação Judicial. Ônus da Prova. Inversão do Ônus da Prova. Presunção de Inocência.

## ABSTRACT

This research focuses on a critical-scientific study of the articulation of the burden of proof institute in administrative improbity lawsuits in Brazilian legal system, that are currently regulated specifically by the Federal Law nº 8.429/1992. First of all, it's discussed the general aspects of administrative improbity, point when it's briefly dealt with the analysis of the constitutional principles of the Public Administration, conceptualization of the institute, history of its normative sources, species of administrative improbity acts and their respective penalties, as well as all of the components of the improbity act. In sequence, it's approached the most relevant procedural aspects of the lawsuit whose object corresponds to the improbity act, among which the nature of this kind of judicial action, entitled to its filing, competence for processing and judgment, possible precautionary measures that may be granted and limitation periods applicable to it. Successively, still dealing with procedural issues, it proceeds to a brief analysis of the burden of proof in Brazilian legal system, occasion in which it takes advantage to delimit the institute's concept and demonstrate the rules for its practical application in civil, criminal and administrative judicial procedure. Ultimately, after analyzing the main circumstances surrounding the Administrative Improbity Law and General Proof Theory, it specifically takes care of the articulation of the burden of proof system and the possibility of its reversal in administrative improbity lawsuits, moment in which also it analysis a few emblematic cases judged by Brazilian Superior Court of Justice and the São Paulo State Court of Justice on the matter.

**Keywords:** Administrative Law. Administrative Improbity. Lawsuit. Burden of Proof. Reversal of the Burden of Proof. Presumption of Innocence.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. ASPECTOS GERAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	10
1.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	12
1.2 CONCEITO .....	16
1.3 FONTES NORMATIVAS .....	18
1.4 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	24
1.5 SANÇÕES .....	25
1.6 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (SUJEITOS, ATO DANOSO E ELEMENTO SUBJETIVO) .....	29
2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ...	38
2.1 NATUREZA DA AÇÃO.....	43
2.2 LEGITIMIDADE .....	46
2.3 COMPETÊNCIA.....	51
2.4 MEDIDAS CAUTELARES .....	55
2.5 PRESCRIÇÃO .....	59
3. ÔNUS PROBATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	61
3.1 CONCEITO .....	67
3.2 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....	69
3.3 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL .....	71
3.4 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO .....	72
4. ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	75
4.1 ARTICULAÇÃO DO INSTITUTO .....	77
4.2 POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.....	81
4.3 ANÁLISE DE JULGADOS SELECIONADOS .....	85
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	98

## INTRODUÇÃO

Na atualidade político-social, torna-se cada vez mais corriqueiro à população brasileira se deparar com incontáveis informações amplamente divulgadas pela imprensa de escândalos de corrupção e descaso no trato da coisa pública, decorrentes da inobservância de princípios éticos, de eficiência e de controle que devem pautar a boa administração, em especial nas relações do Poder Público com particulares.

Observa-se, em face da situação descrita, que a corrupção faz com que o país experimente severa crise ética, que tem como consequência o desgaste dos gestores públicos e o vertiginoso aumento da descrença da população no governo e nas próprias instituições democráticas.

Entretanto, não é de hoje que o Brasil convive com a constante confusão entre o público e o privado no cerne da máquina administrativa, marcada pela prática de atos eminentemente desonestos, tais quais peculato, nepotismo, clientelismo, entre outros.

Originariamente, a corrupção no âmbito da gestão pública se mostra presente desde o período colonial brasileiro, em meados do século XIV, época em que o modelo estatal adotado era marcado pelo patrimonialismo, que tinha como principal característica a indistinção entre a *res publica* e a *res privata*.

Diante de tal cenário, que se repete em variados contextos da história brasileira, nada mais natural do que a constante preocupação em desenvolver métodos eficazes de combate à prática de atos desonestos, ilegais, que atentem contra os princípios da Administração Pública e o patrimônio público, já que passíveis de gerar severos prejuízos a toda a coletividade.

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, tornou-se medida impositiva a viabilização da responsabilização dos agentes estatais pelos atos ímprobos praticados no exercício de suas funções, tudo com o intuito de colocar em prática uma gestão pública responsável e eficiente que promova o verdadeiro bem-estar social.

Para tanto, foram adotados mecanismos de controle preventivo e repressivo dos poderes político e administrativo por meio de regras pautadas na supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público e legalidade, bem como pela



vinculação da conduta funcional dos servidores públicos a rigorosos princípios morais previstos na Constituição Federal e em leis ordinárias.

Dentre tais mecanismos, encontra-se em posição de destaque a Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que, atualmente, é responsável por disciplinar a temática da improbidade administrativa em seus principais aspectos, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e definindo relevantes regras de cunho material e processual.

Não subsistindo dúvidas acerca da extrema relevância e utilidade do estudo atento da Lei de Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso destacar que, para que sejam obtidos os resultados esperados, o manuseio do arcabouço legal por parte dos sujeitos processuais envolvidos na lide deve ser adequado e cauteloso.

Isso porque, diferentemente das demais ações existentes no sistema jurídico nacional, o ato de improbidade administrativa é dotado de características *sui generis*, sendo notavelmente marcada por sua capacidade de gerar efeitos tanto na esfera penal, quanto civil e administrativa dos envolvidos na prática do ato tido como ímprobo.

Inclusive, sua propositura costuma acarretar efeitos imediatos aos sujeitos passivos, como consequência da aplicação de medidas cautelares necessárias à efetividade do provimento jurisdicional. A título exemplificativo, cita-se a decretação liminar de indisponibilidade de bens, que tem por intuito garantir eventual ressarcimento ao erário em caso de procedência da demanda e que, naturalmente, afeta de modo significativo o dia a dia daquele acusado da prática do ato ímprobo.

É por força de tais peculiaridades que a aplicação do instituto processual do ônus da prova ganha especial significância no regular trâmite da ação de improbidade administrativa, sendo certo que sua incorreta aplicação é plenamente capaz de acarretar injustiça ainda maior do que a que se pretendia inicialmente afastar.

Na prática, infelizmente, em que pese à gravidade das sanções previstas pela Lei nº 8.429/1992, a severa reprovação social em consequência da sua aplicação e a implicação de efeitos negativos imediatos aos réus de eventual demanda judicial proposta, é possível se deparar com situações em que a ação de improbidade administrativa é utilizada de forma desarrazoada, sem qualquer lastro probatório que a assegure, caracterizando verdadeira

aventura judicial inspirada pelo forte anseio social e pressões midiáticas de combate à corrupção no âmbito da Administração Pública a todo e qualquer custo.

Portanto, é com o intuito de contribuir com a justa aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, que se mostra como um dos principais recursos atuais no combate à corrupção e a má administração no cerne do Poder Público, que a presente pesquisa tem como foco a análise dos mais relevantes aspectos materiais e processuais das ações de improbidade administrativa, dando-se especial atenção à articulação do ônus probatório, através das análises doutrinária, legal e jurisprudencial.

## 1. ASPECTOS GERAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Entre os diversos infortúnios suportados pelas nações contemporâneas, a corrupção mostra-se como uma das mais alarmantes. Sua prática acarreta não apenas prejuízos avassaladores às instituições republicanas e democráticas, mas também à própria população, que sofre com crises socioeconômicas, desrespeito a direitos fundamentais e má prestação de serviços públicos.

Mais do que nunca, o Estado contemporâneo deve se pautar por padrões éticos, de eficiência administrativa e controle da gestão pública.

No Brasil, a corrupção no âmbito da administração estatal se mostra uma constante histórica, perdurando desde o período colonial, em meados do século XIV, em que o modelo estatal era eminentemente marcado pelo patrimonialismo, cuja principal característica é a confusão entre os domínios público e privado, até os dias de hoje.

Consequentemente, a preocupação em repudiar práticas de esquemas de corrupção também não é recente na realidade brasileira. Há muito o direito interno trata expressamente da improbidade administrativa como ato ilícito que configura crime de responsabilidade aos agentes políticos. Contudo, o mesmo não era feito em relação aos servidores públicos em geral, acerca dos quais se limitava, nas legislações, a tratar do enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função.

Com a inclusão da moralidade entre os princípios impostos à Administração Pública pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, deu-se maior abrangência à improbidade administrativa ao estender sua aplicação a todas as categorias de servidores públicos e ao incluir outras modalidades infracionais além do enriquecimento ilícito.

Nesta ocasião, destaca-se que, apesar da improbidade administrativa encontrar previsão legal na própria Constituição Federal de 1988, como se vê pelo teor dos arts. 15, inciso V, e 37, § 4º, é a Lei nº 8.429/1992 o instrumento legislativo que veio a disciplinar de modo específico os principais aspectos materiais e processuais referentes à Ação de Improbidade Administrativa.

Aliás, a Lei nº 8.429/1992 não é a única a fazê-lo. Existem outros instrumentos legislativos no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive anteriores à Lei de Improbidade

Administrativa, que também têm por objetivo a resguarda de interesses coletivos, do patrimônio público, da probidade e da moralidade administrativa.

Mesmo diante de tais aparatos legais, a Lei de Improbidade Administrativa mantém-se em condição de destaque no direito brasileiro, não só por ter como principal objetivo a efetiva prevenção e repressão da prática de atos ímprobos por agentes públicos e particulares em contato com a Administração Pública, mas também por prever regras peculiares que viabilizam o alcance da sua finalidade.

Dentre seus diferenciais, a Lei nº 8.429/1992 inova ao classificar os atos de improbidade administrativa em três categorias distintas, em muito contribuindo para consolidar a superação da noção de que a improbidade administrativa estaria restrita à prática de infrações que acarretassem em enriquecimento ilícito do agente público no exercício de sua função, o que foi superado ante a imposição do princípio da moralidade administrativa.

Para tanto, os atos ímprobos são distinguidos em três modalidades previstas nos arts. 9º, 10 e 11, respectivamente, aos quais se aplicam sanções distintas: (i) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; (ii) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e (iii) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Cada um dos artigos legais supramencionados estabelecem hipóteses específicas em que estaria configurada a prática do ato ímprobo. Acerca disto, mostra-se mais adequado e coerente o entendimento de que a intenção legislativa foi de criar rol meramente exemplificativo, de modo que outras situações não previstas expressamente em lei também podem caracterizar a prática do ato de improbidade.

Na realidade, a prática de qualquer ato atentatório aos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial o princípio da moralidade, é suficiente para configurar ato de improbidade administrativa em quaisquer de suas modalidades, não sendo necessário demonstrar sua ilegalidade; basta demonstrar a ocorrência de lesão aos princípios administrativos por parte do agente público que atuou de má-fé.

Uma vez verificada a prática do ato ímprobo pelo agente público ou particular, resta analisar quais as sanções adequadas para a sua efetiva punição.

Observa-se que a categorização dos atos de improbidade administrativa feita pela Lei de Improbidade Administrativa não é em vão; além de facilitar a identificação da prática do ato ímprobo, também viabiliza efetiva e justa punição dos envolvidos ao elencar as possíveis sanções e a forma de sua aplicação a cada espécie, cuja aplicabilidade independe de eventuais sanções penais, civis e administrativas previstas em legislações específicas.

Nos termos do art. 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/1992, as possíveis sanções que podem ser aplicadas aos envolvidos na prática de atos de improbidade administrativa são as seguintes: (i) ressarcimento ao erário; (ii) perda da função pública; (iii) suspensão dos direitos políticos; (iv) perda dos bens acrescidos ilicitamente; (v) multa civil; e (vi) proibição de contratar com o Poder Público.

Feitas estas breves ponderações iniciais acerca da improbidade administrativa, suficientes para esclarecer o porquê de ser a ação de improbidade administrativa um dos instrumentos jurídicos mais relevantes no combate à corrupção, passa-se à análise mais detalhada de seus aspectos mais relevantes no âmbito do direito material.

## **1.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Antes de propriamente se adentrar no estudo da improbidade administrativa, é preciso tecer sucintas considerações a respeito do rol principiológico que pauta a atuação do Poder Público, já que o que se pretende com a imposição de tais padrões de conduta é justamente a garantia da probidade e transparência na gestão da coisa pública, possibilitando eventual responsabilização de agentes públicos que praticam atos incompatíveis com estas diretrizes.

Na organização o Estado brasileiro, a Administração Pública Direta e Indireta é regida por diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais. Como se sabe, os primeiros encontram previsão expressa no texto da Constituição Federal, enquanto os demais decorrem de normas básicas aplicáveis à Administração Pública pelo Direito Administrativo.

Os princípios constitucionais da Administração Pública foram elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e são os seguintes: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da impessoalidade; (iii) princípio da publicidade; (iv) princípio da razoabilidade; (v) princípio da eficiência; e (vi) princípio da moralidade.

Um dos mais conhecidos vetores administrativos, o princípio da legalidade se mostra como o divisor de águas entre as esferas pública e a privada. No âmbito do direito público, exige-se do administrador a observância à estrita legalidade, de modo que a ele só é permitido praticar atos expressamente autorizados por lei ou por outras espécies normativas, não se deixando espaço para a vontade subjetiva, exceto em situações em que se admita a manifestação de seu poder discricionário. Já no âmbito do direito privado, ao contrário, permite-se ao particular fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

No mesmo sentido, o princípio da impessoalidade complementa a noção de que o administrador executa atos como forma de manifestação da vontade estatal, sem transparecer sua vontade subjetiva, de modo que sua atuação não é em nome próprio, e sim em nome do próprio Poder Público, visando sempre atingir a finalidade administrativa.

Outro relevante princípio administrativo é o da publicidade, que é o responsável por determinar à Administração Pública que divulgue seus atos por meio do Diário Oficial ou por edital próprio para fins de conhecimento da população e para que inicie seus efeitos jurídicos. A publicidade dos atos administrativos é a regra, só sendo excepcionada em situações em que o interesse público envolvido assim o exigir.

O princípio da razoabilidade, ao determinar que o Poder Público observe parâmetros de proporcionalidade, justiça e adequação de seus meios no exercício de suas atividades administrativas ou legislativas e evite tratamentos excessivos e inadequados, impõe limites à discricionariedade estatal. Como consequência da sua aplicação, resguarda-se a constitucionalidade das condutas administrativas e impede-se a prática de arbitrariedades.

Com a Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência foi inserido expressamente no rol de princípios constitucionais da Administração Pública, encerrando as discussões existentes à época sobre sua existência implícita no texto constitucional. Trata-se de princípio que tem por finalidade garantir a maior qualidade no desenvolvimento das atividades públicas e, principalmente, na prestação dos serviços públicos, cuja aplicação impõe ao administrador público o dever de ser eficiente no exercício de suas funções e pautar-se em condutas imparciais e eficazes com o objetivo de atingir o bem comum, sem desperdícios de recursos públicos.

Dentre suas características, o princípio da eficiência implica o direcionamento das atividades públicas à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência,

participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e constante busca de qualidade. Nota-se que o que se pretende ao submeter o Poder Público a este princípio é justamente sanar os defeitos da Administração Pública na prestação dos serviços públicos e possibilitar o maior controle dos atos praticados.

O sexto e último princípio constitucional administrativo é o princípio da moralidade. Dentre os demais princípios vistos até então, este é um dos mais relevantes ao estudo da improbidade administrativa, que deve ser observado tanto pelo administrador, quanto pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

Não deixando margem à dúvida acerca da extrema relevância de se atender o princípio da moralidade como forma de resguardo da probidade no Poder Público, Fábio Medina Osório afirma com convicção que a “[...] improbidade é uma imoralidade qualificada”.<sup>1</sup>

Como já adiantado, a moralidade passou a ser considerada como princípio administrativo explícito apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, fato que permitiu maior abrangência à temática da improbidade administrativa, que inicialmente constituía infração prevista apenas aos agentes políticos. A partir de então, passou-se a exigir a observância do princípio da moralidade por parte de todos os servidores públicos no exercício de suas funções, sob pena de praticar ato de improbidade administrativa, que passou a abranger outras infrações além do mero enriquecimento ilícito.

Desde logo, é preciso observar que a moralidade comum não se confunde com a moralidade administrativa, embora ambas devam ser observadas por aqueles em contato direto ou indireto com a Administração Pública. A moralidade administrativa é mais específica e não se satisfaz com o mero cumprimento de preceitos éticos; sua imposição faz com que sejam adotadas medidas que garantam a boa administração.

Na tentativa de conceituar o princípio constitucional da moralidade, Alexandre de Moraes afirma que

Pelo princípio da moralidade administrativa, de difícil conceituação doutrinária, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade; deverá ele, no exercício da sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a

---

<sup>1</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração Pública.<sup>2</sup>

A consagração do princípio moralidade como vetor de atuação do Poder Público demonstra a crescente preocupação do próprio Estado com a ética no âmbito da Administração Pública, motivo pelo qual foram adotados mecanismos efetivos de combate à corrupção e de punição de seus agentes públicos.

Na prática, a imposição da moralidade à Administração Pública faz com que o controle dos atos administrativos seja significativamente mais rigoroso, tendo em vista que, para ser satisfatoriamente atendido, não basta o mero exame da estrita legalidade do ato praticado pelo agente público; é preciso verificar também se o ato praticado visou atender ao interesse coletivo e se está em conformidade com os padrões de ética, moral, bons costumes, honestidade, justiça, equidade e de boa administração.

Eventual desrespeito ao princípio da moralidade administrativa configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que poderá ser sancionado com a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo das medidas penais cabíveis.

Nesta oportunidade, é preciso esclarecer que, como princípio, o conceito de moralidade se confunde com probidade. Entretanto, como infração, a improbidade administrativa mostra-se muito mais ampla do que a imoralidade, tendo em vista que a violação do princípio da moralidade constitui apenas uma das hipóteses definidas por lei.

Além dos princípios previstos de forma expressa no texto constitucional, a Administração Pública também deve atender a outros princípios infraconstitucionais básicos, que, para o fim a que se presta a presente pesquisa, serão somente mencionados: (i) supremacia do interesse público; (ii) presunção de legitimidade; (iii) especialidade; (iv) controle administrativo; (v) autotutela; (vi) hierarquia; (vi) continuidade do serviço público; e (vii) motivação.

No mais, apesar do especial enfoque dado ao princípio constitucional da moralidade, fundamental à compreensão dos principais aspectos da improbidade

---

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 101.



administrativa, é preciso esclarecer que não há sobreposição ou hierarquia entre os princípios administrativos, sendo certo que todos contribuem positivamente com a gestão pública.

## 1.2 CONCEITO

Em sua origem histórica, o vocábulo “probidade” decorre do latim *probitate*, que faz referência àquilo que é bom, honrado, honesto e íntegro. À contrário senso, “improbidade” decorre do latim *improbitate*, e corresponde exatamente à ideia de falta de probidade, ou seja, desonrado, desonesto e imoral.

Até o momento, não há unanimidade doutrinária sobre a mais adequada conceituação do termo “improbidade administrativa”. Mesmo diante de diferentes perspectivas, a improbidade administrativa está comumente relacionada ao atendimento do princípio constitucional da moralidade.

Com o simples intuito de ilustrar as diferentes perspectivas doutrinárias no que tange ao conceito de improbidade administrativa, pontua-se que há alguns autores, como Alexandre Mazza, que entendem a probidade administrativa como subprincípio da moralidade administrativa;<sup>3</sup> em contrapartida, há outros, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que sustentam que a violação ao princípio constitucional da moralidade acarreta em improbidade administrativa.<sup>4</sup>

Expostos os mais relevantes posicionamentos sobre a matéria, entende-se por mais adequado àquele de acordo com o qual a violação do princípio da moralidade implica a prática do ato de improbidade administrativa, o que já foi defendido nesta pesquisa ao longo das breves considerações tecidas acerca dos princípios da Administração Pública.

Isso porque nem todo ato de improbidade administrativa decorre da violação ao princípio da moralidade, já que a origem do ato ímprobo pode ter respaldo em atos que acarretam enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação de quaisquer dos princípios que regem a Administração Pública, desde que atendidas às exigências da Lei nº 8.429/1992.

Independentemente do posicionamento doutrinário adotado, fato é que, no estudo da improbidade administrativa, se faz relevante trazer à tona o princípio constitucional em comento, já que sua aplicação impõe ao Poder Público a observância de preceitos que compõe a moralidade administrativa, termo este que, assim como a probidade administrativa, está

---

<sup>3</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 668.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 969.

diretamente conectado ao dever de honestidade imposto aos administradores e àqueles em contato com o Poder Público.

Discorrendo sobre a dificuldade de se distinguir a moralidade administrativa da probidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece em sua obra que, como princípios jurídicos, as expressões possuem o mesmo significado, já que “[...] ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública”; entretanto, deixa de existir correspondência entre a imoralidade e a improbidade administrativa quando esta última é tratada como ato ilícito, tendo em vista que ela abrange “[...] não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente os atos ilegais”.<sup>5</sup>

Já Fábio Medina Osório, ao traçar paralelo entre a moralidade administrativa e a improbidade, expõe que

Mais especificamente, a improbidade decorre da quebra do dever de probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima. Daí decorre a ideia de que improbidade revela violação aos deveres de honestidade *lato sensu* e eficiência profissional em sentido amplo. Ímprobo é o agente desonesto, tanto que se fala, de modo pouco técnico, em lei anticorrupção (terminologia impregnada de conteúdo do direito penal), indicando-se que a falta de honestidade é causa de improbidade; mas também ímprobo o agente incompetente, aquele que, por culpa, viola comandos legais, causando lesão ao erário, demonstrando ineficiência intolerável no desempenho de suas funções.<sup>6</sup>

Vale observar que, como já mencionado em outras oportunidades, o que se pretende no combate à improbidade administrativa é punir e afastar agentes públicos e particulares em contato com a Administração Pública que praticam atos corruptos em detrimento do Estado e do bem comum.

Mesmo diante das dificuldades de se conceituar adequadamente a improbidade administrativa, Rafael Carvalho Rezende Oliveira sustenta que o instituto pode ser compreendido como

[...] ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos

---

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Altas, 2015. p. 969/971.

<sup>6</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998. p. 61/62.

públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.<sup>7</sup>

Deste modo, conclui-se que a improbidade administrativa deve ser considerada ato ilícito, isto é, fato contrário à lei, que atenta aos padrões de legalidade, moralidade e respeito aos direitos humanos fundamentais nos quais se fundamenta o Estado Democrático de Direito, sendo passível de punição no âmbito civil, penal e administrativo.

### 1.3 FONTES NORMATIVAS

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter inovado ao dispor expressamente em seu texto acerca do ato de improbidade administrativa propriamente dito, temática regulamentada em seus aspectos materiais e processuais pela Lei nº 8.429/1992, não foi ela quem inaugurou a repressão à corrupção no Poder Público.

Há muito se percebe a preocupação do legislador em resguardar a probidade na gestão da coisa pública e punir a prática de atos ímprobos por meio da edição de diversas normas jurídicas ao longo do tempo.

Na realidade, a primeira legislação a tratar especificamente do combate à improbidade em seu aspecto civil no direito brasileiro foi o Decreto-lei Federal nº 3.240/1941, que trazia previsões a respeito do sequestro e perda de bens dos agentes praticantes de crimes que resultassem em prejuízo à Fazenda Pública mediante locupletamento ilícito. Subsidiariamente, tratava também da reparação civil de tais danos e da incorporação ao patrimônio público de eventuais bens adquiridos ilegítimamente por quem exercesse a função pública.

Sequencialmente, a matéria passou a ter previsão constitucional, tendo em vista que o art. 141, § 31, da Constituição Federal de 1946 deu margem à edição de leis infraconstitucionais que regulamentassem o sequestro e perdimento de bens nas situações de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo, função pública ou de emprego em entidade autárquica, o que ocorreu por meio das Leis nº 3.164/1957 e nº 3.502/1958.

Conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, a Lei nº 3.164/1957 tinha como foco sancionar os servidores públicos pelos atos de enriquecimento ilícito, motivo pelo qual disciplinou, em seu art. 1º, acerca do sequestro e perda em favor da Fazenda Pública dos bens

---

<sup>7</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 06.

adquiridos pelo servidor público em razão de influência, abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da apuração de eventual responsabilização no âmbito penal. Ainda, tratou-se no § 2º do mesmo artigo a respeito da legitimidade ativa para propositura da ação de improbidade administrativa, que curiosamente foi designada não só ao Ministério Público, mas também a qualquer pessoa do povo.

No mesmo sentido, a Lei nº 3.502/1958, denominada Lei Bilac Pinto, que também tinha como principal finalidade sancionar os servidores públicos pelos atos de enriquecimento ilícito, fixando providências entendidas como necessárias à época ao combate de tais atos. Para tanto, tratou do sequestro e perdimento de bens nas situações de enriquecimento ilícito em razão de influência ou abuso do cargo ou função pública em seu art. 1º.

Dentre seus diferenciais com relação à Lei Pitombo-Godói Ilha, cita-se a maior abrangência conferida ao termo “servidor público”, que passou a ser conceituado pelo art. 1º, § 1º; a previsão exemplificativa e detalhada das situações que configuravam enriquecimento ilícito, elencadas no art. 2º; e a atribuição de legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade administrativa aos entes da Administração Pública Direta e Indireta, bem como de empresas incorporadas ao patrimônio do Estado, entidades privadas as quais eram concedidas contribuições parafiscais, além do Ministério Público e de qualquer pessoa do povo.

No que tange aos crimes de responsabilidade, necessário fazer menção à Lei nº 1.079/1950, que disciplina os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados, além de regulamentar seu respectivo processo de julgamento; ainda, cita-se também o Decreto-lei nº 201/1967, que dispõe especificamente acerca da responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.

Posteriormente, durante o regime militar, foram outorgados alguns atos normativos que dispunham acerca de temáticas que guardam certa semelhança com a improbidade administrativa. Dentre eles, o primeiro foi o Ato Institucional nº 05/1968, que possibilitava ao Presidente da República não somente a prerrogativa de suspensão dos direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez anos e cassação de mandatos eletivos, mas também a decretação de confisco de bens decorrentes de enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou função pública, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Ainda no período ditatorial, foi editado o Decreto-lei nº 359/1969, que serviu para criar a Comissão Geral de Investigações no Ministério da Justiça, tendo por finalidade justamente o confisco de bens de agentes públicos que tenham enriquecido ilicitamente no exercício do cargo ou função pública na Administração Direta, bem como em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Além disso, também se passou a considerar como enriquecimento ilícito as situações de evolução desproporcional do patrimônio do investigado.

Com a edição do Ato Institucional nº 14/1969, foi dada nova redação ao art. 150, § 11, da Constituição Federal de 1967, que passou a ser art. 153, § 11, com a Emenda Constitucional nº 01/1969, tratando-se da possibilidade de confisco em situações de guerra, assim como de perdimento de bens em razão de prejuízos causados ao erário ou de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Direta ou Indireta.

Em sequência, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 11/1978, foram revogados os atos institucionais e complementares contrários à Constituição vigente, com a conseqüente retirada do ordenamento brasileiro a possibilidade de confisco, mantendo-se apenas o perdimento de bens decorrentes de danos causados ao erário ou de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

Com o fim da ditadura militar, a Assembleia Nacional Constituinte instituiu, por meio da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito no país. Além de sua função redemocratizadora, a Carta de 1988 proporcionou relevantes avanços no que tange à disciplina da improbidade administrativa.

Em caráter inovador, foi disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Nota-se que o dispositivo em comento constitui relevante marco na previsão constitucional da improbidade administrativa, já que em muito ultrapassou as disposições acerca do sequestro e perdimento de bens feitas até então pelos diplomas anteriores ao definir novas modalidades de ilícitos e sanções, privilegiando a honestidade no âmbito da

Administração Pública. No que tange a sua importância ao Direito Administrativo brasileiro, Francisco Octavio de Almeida Prado comenta que

Observa-se, pois, no texto constitucional uma atenção especial à garantia da lisura e honestidade dos atos e negócios jurídicos, traduzida na reiterada menção à moralidade e à probidade administrativa ao longo de suas estipulações. Essa especial atenção com os padrões éticos da atuação do Poder Público não é peculiaridade do Direito Brasileiro, e vem na esteira de uma preocupação geral, identificável em todo o mundo e traduzida na proliferação de novas e imaginosas medidas de controle e de combate à corrupção.<sup>8</sup>

Embora lhe seja conferida maior relevância por dispor pela primeira vez acerca dos atos de improbidade administrativa propriamente ditos, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 não foi o único a abordar o tema.

No histórico constitucional brasileiro, há outros dispositivos além do supramencionado que também dispõem acerca da lesão à probidade administrativa. No diploma atual, cita-se o art. 14, § 9º, que trata da proteção à probidade administrativa em situações de inelegibilidade do candidato a mandatos políticos. Ainda, o art. 15, inciso V, possibilita a perda ou suspensão de direitos políticos caso verificada a prática de atos de improbidade administrativa. Finalmente, o art. 85, inciso V, considera os atos atentatórios à probidade administrativa como crime de responsabilidade do Presidente da República.

Atendendo ao comando o poder constituinte, foi editada a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) que, ao revogar as Leis nº 3.164/1957 (Lei Pitombo Godói-Ilha) e nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) em seu art. 25, e ao disciplinar os principais aspectos materiais e processuais referentes à improbidade administrativa, representa notável avanço no combate à corrupção.

Em especial, a Lei nº 8.429/1992 conceituou o que seriam os atos ímprobos, seus sujeitos e os respectivos mecanismos de sanções a serem aplicados. Por óbvio, seu principal objetivo era de efetivo combate à corrupção na Administração Pública, colocando a salvo a moralidade e eficiência administrativas.

De imediato, é preciso dar destaque à irretroatividade da Lei de Improbidade Administrativa, que somente pode ser aplicada aos eventos ocorridos após a sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, o que ocorreu em 03 de junho de 1992, em razão do princípio

---

<sup>8</sup> PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 15/16.

da irretroatividade das leis, consagrado pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, aliado ao fato de que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 não era autoaplicável.

Entretanto, isso não significa que eventuais atos de improbidade administrativa praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 8.429/1992 passarão impunes, tendo em vista que as legislações vigentes à época em que se passaram os fatos podem ser devidamente aplicadas nas situações cabíveis.

Ainda acerca da Lei nº 8.429/1992, vale a pena mencionar que há muito se discute na doutrina e jurisprudência a respeito da sua constitucionalidade.

Em 2000, o Partido Trabalhista Nacional (PTN) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.182/DF (Processo nº 0001135-18.2000.0.01.0000), na qual se questionava a constitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa ao argumento de que não teria sido observado o procedimento legislativo bicameral imposto pelo art. 65 da Constituição Federal de 1988. Ao julgar o feito, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inexistência de vício formal na edição da Lei nº 8.429/1992.

Novamente, em 2013, o Partido da Mobilização Nacional (PMN) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.295/DF (Processo nº 0007294-59.2009.0.01.0000), na qual se questionava a constitucionalidade de alguns dispositivos materiais da Lei de Improbidade Administrativa. Até o momento, o feito ainda se encontra pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Na doutrina, há corrente minoritária que também sustenta a inconstitucionalidade formal e material da Lei de Improbidade Administrativa. No âmbito formal, argumenta-se pela incompetência legislativa da União para editar a Lei nº 8.429/1992; no âmbito material, argumenta-se que foram estabelecidas mais sanções do que o permitido pela Constituição Federal no art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

Entretanto, com o devido respeito aos questionamentos formulados pela doutrina, adota-se o entendimento de que a Lei de Improbidade Administrativa é constitucional.<sup>9</sup> No que tange à crítica formal, pontua-se que a União detinha competência exclusiva para editá-la,

---

<sup>9</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 20.

nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a Lei nº 8.429/1992 possui dispositivos de ordem civil, política e processual. Quanto à crítica material, menciona-se que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 4º, encarregou ao legislador ordinário tipificar as condutas de improbidade administrativa e suas respectivas sanções.

Aliás, ao fazer tal remissão à lei, o texto constitucional não indica em qual seria o nível federativo. Tal falha no dispositivo abre margens para discussões sobre a abrangência da Lei de Improbidade Administrativa, questionando-se se sua aplicação seria nacional ou restrita à Administração Federal. Trata-se de questionamento relevante não só em razão da omissão do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, mas também pelo fato de que a União tem competência para legislar a respeito do direito cível, político e processual, mas não sobre normas de cunho administrativo, que são de competência de cada ente federado.

Em que pese à sua pertinência, verifica-se que o mais adequado diante da problemática é conferir aplicação nacional à Lei nº 8.429/1992, exceto no que tange às disposições de caráter puramente administrativo.<sup>10</sup>

No mais, como já mencionado em outras oportunidades, outras legislações infraconstitucionais foram editadas após a entrada em vigor da Lei nº 8.429/1992 também com o intuito de combate à prática de atos ímprobos na Administração Pública.

A título exemplificativo, destacam-se as seguintes: (i) Lei nº 8.730/1993, que trata da obrigatoriedade da declaração de bens e rendas aos membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; (ii) art. 73, *caput* e § 7º, da Lei nº 9.504/1997, que enumera os atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos em pleitos eleitorais; (iii) art. 52 da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que define os atos de improbidade administrativa praticados pelo Prefeito; (iv) Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que trata da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas em razão da prática de atos contrários à Administração Pública; e (v) Estatutos Funcionais.

Por fim, os atos de improbidade administrativa também encontram previsão em normas regulamentadoras, âmbito em que se destacam os Códigos de Conduta dos agentes públicos e os procedimentos éticos a serem observados por toda a Administração Pública.

---

<sup>10</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 20.



## 1.4 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O atual campo de abrangência dos atos de improbidade administrativa vai muito além de atos ilegais praticados no âmbito da Administração Pública; nele, foram incluídos os atos corruptos, desonestos e atentatórios à moralidade administrativa, que podem afetar as esferas de natureza cível, penal e administrativa, ainda que não se verifique o enriquecimento ilícito do agente ímprobo ou prejuízo ao erário.

Em atenção ao comando constitucional, preocupou-se a Lei nº 8.429/1992 em definir com clareza os atos que importam em improbidade administrativa, que foram categorizados em três modalidades, tipificadas respectivamente nos arts. 9º 10 e 11: (i) aqueles que importam em enriquecimento ilícito; (ii) aqueles que causam prejuízo ao erário; e (iii) aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública. Especificamente com relação aos Prefeitos, a tipificação da conduta ímproba encontra previsão legal no art. 52 na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Cada uma das modalidades de atos de improbidade administrativa possui características e sanções próprias, que serão vistas neste estudo em maiores detalhes na ocasião oportuna. Por ora, serão tecidas duas breves considerações a respeito de características básicas do ato de improbidade administrativa.

A primeira delas se refere ao fato de que a improbidade administrativa, apesar de poder gerar efeitos em outras esferas, como a penal e administrativa, é de natureza eminentemente cível. Tal conclusão decorre do próprio teor do art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a responsabilidade civil pelo ato de improbidade administrativa independe de eventual responsabilização em ação penal própria.

Seguindo este mesmo entendimento, vale a pena mencionar interessante ponto de vista traçado por Francisco Octavio de Almeida a respeito da natureza dos atos de improbidade administrativa, segundo o qual, na realidade, são “[...] atos que ocupam posição intermediária entre as infrações penais e as faltas disciplinares, embora não se confundam com qualquer delas”.<sup>11</sup>

Já a segunda se refere ao fato de que a responsabilização de agentes públicos e terceiros pela prática do ato de improbidade administrativa depende de prévia previsão legal

---

<sup>11</sup> PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 24/25.

das condutas enquadradas como ímprobas, sob pena de violação aos princípios da reserva legal e da anterioridade.

Justamente em razão desta última característica, a Lei nº 8.429/1992, como já apontado, não poderá ser aplicada retroativamente, o que não significa que eventuais atos ímprobos praticados antes da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro permanecerão impunes, já que há outros diplomas legais anteriores à ela responsáveis por disciplinar a questão.

Neste mesmo sentido, explica Alexandre de Moraes em sua obra que

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.<sup>12</sup>

Finalmente, para que se fale em consumação do ato de improbidade administrativa, é indispensável a apuração do efetivo desvio de conduta do agente público ou do terceiro que, em contato com a Administração Pública, afastam-se dos padrões de condutas éticas imposto pelo princípio da moralidade administrativa e acabam por causar lesões ao Estado.

## 1.5 SANÇÕES

Os atos de improbidade podem constituir ilícitos de caráter cível, penal ou administrativo, como já apontado, motivo pelo qual são previstos em variados diplomas legais diversos procedimentos preventivos e repressivos, que devem ser aplicados em harmonia.

Por óbvio, se o mesmo ato ímprobo tiver capacidade de repercutir efeitos em mais de uma esfera, é plenamente admissível a concomitância de instâncias das áreas afetadas, aplicando-se todas as punições cabíveis e adequadas. No âmbito penal, aplicam-se as disposições do Código Penal e de eventuais legislações complementares; já no âmbito administrativo, aplicam-se as respectivas legislações estatutárias dos servidores públicos. Eventualmente, caso sejam tomadas as respectivas providências processuais nas três instâncias concomitantemente, é também permitida a comunicabilidade entre elas.

---

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 320.

A respeito das possíveis consequências na esfera cível, constou no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 que os atos de improbidade administrativa podem acarretar ao sujeito ativo a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da esfera penal.

Contudo, nem todas as medidas elencadas no texto constitucional configuram sanções propriamente ditas. Por exemplo, a decretação de indisponibilidade de bens é de natureza preventiva, já que, com a sua adoção, pretende-se apenas evitar que o investigado se desfaça de seu patrimônio. O ressarcimento ao erário também não possui natureza sancionatória, e sim de mera reparação do patrimônio público lesado em razão da prática do ato ímprobo, o que decorre da noção jurídica básica consagrada no art. 186 do Código Civil de 2002 de que aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Ainda no que tange à medida de ressarcimento ao erário, é necessário pontuar que sua aplicação depende, necessariamente, da apuração de prejuízo ao patrimônio público, como determina o art. 5º da Lei nº 8.429/1992. Não havendo prejuízo econômico suportado pelo Estado, não se fala em ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito.

Inclusive, justamente para viabilizar sua aplicação, a Lei de Improbidade Administrativa condiciona, em seu art. 13, a tomada da posse e o exercício de agente público à apresentação de declaração de todos os seus bens e valores que compõe seu patrimônio privado, que permanecerá arquivada no setor competente.

Dentre as demais medidas cíveis previstas no texto constitucional, constituem sanções propriamente ditas a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Além daquelas previstas no dispositivo constitucional, a Lei nº 8.429/1992 elenca em seus arts. 5º, 6º e 12 outras medidas de natureza cível que podem ser aplicadas ao agente praticante do ato ímprobo de forma isolada ou concomitantemente, independentemente de eventuais sanções cíveis, penais e administrativas previstas em legislações específicas, e são elas: (i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) multa civil; e (iii) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Merece destaque o fato de que constou de modo expresso na Lei de Improbidade Administrativa que suas sanções podem ser aplicadas cumulativamente, de modo que, se o ato ímprobo afeta valores de natureza diversa, o agente que o praticou também sofrerá sanções em direitos diversos, como a perda de valores, suspensão de direitos políticos, perda de cargo etc.

O próprio art. 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa determina que, para aplicação de tais penalidades, o juiz deve observar critérios básicos, como a extensão dos danos materiais e morais causados ao Estado e eventuais proveitos patrimoniais obtidos pelo agente ímprobo.

Em interpretação ao supramencionado art. 12 e incisos da Lei nº 8.429/1992, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que se estabeleceu

[...] uma gradação decrescente em termos de gravidade: em primeiro lugar, os atos que acarretam enriquecimento ilícito; em segundo, os atos que causam prejuízo ao erário; e, em terceiro, os atos que atentam contra os princípios da Administração.<sup>13</sup>

Nesta gradação introduzida pelo legislador, verifica-se que a penalidade de suspensão dos direitos políticos varia entre 03 a 05 anos, 05 a 08 anos e entre 08 a 10 anos. Já o valor da multa civil pode ser de até 03 vezes o valor do acréscimo patrimonial no caso em enriquecimento ilícito, de até 02 vezes o valor do dano no caso de prejuízo ao erário e de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente no caso de atentado aos princípios administrativos. Finalmente, a penalidade de proibição de contratar com a Administração Pública ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios varia entre 03, 05 e 10 anos.

Levando em conta que a Lei nº 8.429/1992 refere-se aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito em seu art. 9º, aos atos que causam prejuízo ao erário em seu art. 10 e aos atentatórios aos princípios da Administração Pública em seu art. 11, dispõe o art. 12 que

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos,

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 992.

pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em síntese, a Lei de Improbidade determina que: (i) a medida de ressarcimento ao erário poderá ser aplicada nas hipóteses dos arts. 9º e 11 e deverá ser aplicada nas do art. 10; (ii) a medida de perda da função pública deverá ser aplicada nas hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11; (iii) a medida de suspensão dos direitos políticos deverá ser aplicada nas hipóteses do art. 9º, 10 e 11, de acordo com a gradação legal; (iv) a medida de perda dos bens acrescidos ilicitamente deverá ser aplicada nas hipóteses do art. 9º, poderá ser aplicada nas do art. 10 e, apesar de não haver previsão neste sentido no art. 11, poderá ser aplicada em tais situações com fundamento na previsão genérica do art. 6º; (v) a medida de multa civil deverá ser aplicada nas hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11, de acordo com a gradação legal; e (vi) a medida de proibição de contratar com o Poder Público deverá ser aplicada nas hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11, de acordo com a gradação legal.

Ainda no que diz respeito à Lei nº 8.429/1992, é fundamental mencionar que, de acordo com seu art. 21, incisos I e II, a aplicação das sanções nela previstas independem “[...] da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento” e “[...] da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”, ou seja, as sanções podem ser aplicadas ao agente ímprobo mesmo que não haja dano econômico ao Poder Público, exceto quanto à sanção de ressarcimento ao erário, como já adiantado.

Do exposto, é possível concluir que o termo “patrimônio público” ao qual a Lei nº 8.429/1992 encarrega sua proteção deve ser entendido em sentido amplo, isto é, não somente aquele de teor econômico, mas também moral, econômico, artístico, estético, histórico e turístico. A título exemplificativo, cita-se situação em que a prática de determinado ato atenta contra os princípios da Administração Pública, mas não afeta os cofres públicos.

Assim, não tendo a Administração Pública suportado qualquer tipo de dano, seja de ordem material ou moral, não há que se falar em punição do agente.

## **1.6 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (SUJEITOS, ATO DANOSO E ELEMENTO SUBJETIVO)**

Para que haja caracterização do ato de improbidade administrativa e, conseqüentemente, para que sejam aplicadas as sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.429/1992, é necessária a verificação de quatro elementos básicos, que serão explanados em detalhes a seguir: (i) sujeito passivo; (ii) sujeito ativo; (iii) ato danoso; e (iv) elemento subjetivo.

O sujeito passivo do ato de improbidade administrativa nada mais é do que aquele que sofre com a prática da conduta ímproba. De acordo com o art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, as entidades que podem ser vítimas deste tipo de evento danoso são aquelas que fazem parte da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais da metade do patrimônio ou da receita anual.

Em complemento às entidades já elencadas no *caput*, o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que também podem ser vítimas do ato de improbidade administrativa os respectivos patrimônios de entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com ao menos cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, situação esta em que se limita a sanção patrimonial à repercussão do ato ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Do exposto, verifica-se que não apenas as típicas entidades públicas estão sujeitas à prática do ato de improbidade administrativa, mas também as entidades privadas nas quais o

Estado exerça qualquer tipo de atividade de fomento, como incentivos e contribuições. Entretanto, com relação a tais entidades privadas, limita-se a sanção patrimonial à repercussão que o ato ímprobo ofereceu ao dinheiro público investido.

Por sua vez, o sujeito ativo é aquele que pratica o ato ímprobo e que ocupará a posição de réu na ação de improbidade administrativa. Nos termos dos arts. 1º e 3º da Lei nº 8.429/1992, podem ser considerados sujeitos ativos do ato de improbidade o agente público e o terceiro.

Com o intuito de evitar complicações, a Lei de Improbidade Administrativa conceituou a expressão “agente público” em seu art. 2º como sendo aquele em exercício, mesmo que “[...] transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades públicas ou privadas elencadas no já mencionado art. 1º, *caput* e parágrafo único.

Deste modo, não são considerados agentes públicos para fins de aplicação da Lei nº 8.429/1992 os empregados e dirigentes de concessionárias e permissionárias de serviços públicos, já que não exercem nenhuma das atividades contempladas no referido art. 1º, motivo pelo qual a eles se aplicam as sanções de improbidade administrativa apenas na qualidade de terceiros, e não como se agentes públicos fossem.

Nota-se que o conceito de agente público trazido pela Lei nº 8.429/1992 abrange quaisquer pessoas físicas que prestem serviços ao Estado, que podem ser classificadas em “agentes públicos de direito” e “agentes públicos de fato”.

Os agentes públicos de direito referem-se às pessoas que possuem vínculos jurídicos formais e legítimos com o Poder Público. Pertencem a esta categoria os agentes políticos (Chefes do Poder Executivo, Parlamentares, Ministros e Secretários dos Estados e Municípios), os servidores públicos (estatutários, celetistas ou temporários), os militares e os particulares em colaboração (sem vínculo de emprego, atuam por delegação ou requisição).

Em contrapartida, os agentes públicos de fato referem-se aos particulares que exercem funções públicas mesmo sem possuírem vínculos formais e legítimos com o Poder Público. Pertencem a esta categoria os agentes putativos (acreditam ter legitimidade para exercer a função pública) e os agentes necessários (exercem função pública em situações emergenciais).

No que tange à aplicação da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos, é oportuno esclarecer que, em razão das prerrogativas a eles conferidas para exercício do mandato, surgem diversas questões polêmicas e controvertidas na doutrina e jurisprudência. Para fins deste estudo, é pertinente traçar apenas breves considerações a respeito de uma delas, que envolve membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Como já apontado em outras ocasiões, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, não é o único a tratar da improbidade administrativa praticada por agentes públicos.

Existem outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que, dando especial enfoque à determinados agentes políticos, distinguem a prática dos atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade, como se vê pelos arts. 52, inciso I, 85, inciso V e 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal de 1988, regulamentados pelas Leis nº 7.106/1983 e nº 1.079/1950 e pelo Decreto-lei nº 201/1967.

Tal distinção legal gera inúmeras discussões acerca da aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos que podem ter suas condutas enquadradas como crime de responsabilidade, que são expostas de forma clara e objetiva por Rafael Carvalho Rezende Oliveira em três entendimentos distintos.<sup>14</sup>

No primeiro, entende-se que os agentes políticos já submetidos à legislação especial que trata dos crimes de responsabilidade não se submetem à Lei nº 8.429/1992, tendo em vista que o texto constitucional disciplinou de modo distinto os atos de improbidade praticados pelos agentes públicos em geral e os crimes políticos praticados por determinados agentes políticos.

No segundo, entende-se que os agentes políticos, ainda que submetidos à legislação especial que trata dos crimes de responsabilidade, também são submetidos cumulativamente à Lei nº 8.429/1992. Neste entendimento, a única ressalva feita é com relação à competência para a aplicação de determinadas sanções a certos agentes políticos em razão das regras de foro por prerrogativa de função.

Quanto à ressalva feita pelo autor, frisa-se apenas que, mesmo nas hipóteses de foro por prerrogativa de função, a temática ainda é controvertida. Por exemplo, já entendeu a

---

<sup>14</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 49/53.



2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.569.811 – RJ 2015/0284187-2, de relatoria do Ministro Humberto Martins, em fevereiro de 2016, que o foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal é exclusivo aos processos penais e, deste modo, inaplicável às ações de improbidade administrativa.

Finalmente, no terceiro, que é o adotado neste estudo, entende-se que os agentes políticos estão submetidos à Lei nº 8.429/1992 e às suas sanções, exceto àquelas de natureza política que só podem ser aplicadas em casos de crime de responsabilidade. Isso porque a intenção legislativa teria sido de, na realidade, dispor sobre regras especiais aos agentes políticos, que são os crimes de responsabilidade, aos quais se aplicam às sanções políticas. Quanto as demais sanções, aplica-se normalmente a Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda acerca da polêmica, conclui-se que

No processo e julgamento por crimes de responsabilidade serão aplicadas as sanções políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), enquanto na ação judicial de improbidade administrativa o magistrado aplicará as demais sanções elencadas na Lei 8.429/1992 (ressarcimento ao erário, multa civil etc.).<sup>15</sup>

Especificamente quanto aos agentes públicos, pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “[...] todas as categorias estão incluídas, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão ou vitalícios, funções ou empregos públicos, seja o regime estatutário ou contratual, seja a função permanente ou transitória, seja qual for a forma de provimento”.<sup>16</sup>

Com relação aos membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, independentemente de se entender por classifica-los na categoria de “agentes políticos” ou “servidores públicos”, não se afasta a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 mesmo diante da vitaliciedade por eles gozada.

Entretanto, somente se admite a aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 mediante sentença judicial e, para perda do cargo, exige-se seu trânsito em julgado. Quanto à competência, a ação de improbidade será processada e julgada pelo Juízo de primeira instância; porém, para decretação da perda do cargo, o texto constitucional confere competência em determinadas situações ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Senado Federal e ao próprio Tribunal de origem.

---

<sup>15</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 53.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Altas, 2015. p. 981.

Ainda no que se refere aos sujeitos ativos, o terceiro é conceituado pelo art. 3º da Lei nº 8.429/1992 como aquele que “[...] mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Como bem apontado por Alexandre Mazza, afasta-se a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao particular que age separadamente, isto é, sem estar na “[...] condição de ‘colaborador’ com a conduta ímproba de agente público”.<sup>17</sup>

Deste modo, não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas de direito público ou direito privado podem ocupar a posição de sujeito ativo do ato de improbidade administrativa na condição de terceiras beneficiadas, conforme entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial nº 970.393 – CE 2007/0158591-4, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, em junho de 2012.

Para tanto, considerou-se no julgado o fato de que apenas algumas das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 é que não são compatíveis com as pessoas jurídicas, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos públicos, o que não afasta a possibilidade de serem condenadas e sofrerem a aplicação das demais medidas sancionatórias.

No mais, conforme previsto no art. 8º da Lei nº 8.429/1992, “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

Além da verificação dos sujeitos ativo e passivo, também é elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa a consumação de ao menos um dos atos considerados ímprobos pela Lei de Improbidade Administrativa. Neste ponto, pertinente o esclarecimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que “[...] o ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão, a uma conduta que seja praticado no exercício de função pública ou que nela gere reflexos”.<sup>18</sup>

Encarregou-se a Lei nº 8.429/1992 de elencar os atos de improbidade administrativa em três categorias, previstas de modo distinto no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11. Ainda, o legislador tratou de inserir hipóteses específicas de incidência de cada uma das categorias descritas no *caput* dos mencionados artigos, compondo rol de incisos meramente exemplificativo.

---

<sup>17</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 672.

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Altas, 2015. p. 987.

Deste modo, nem sempre o ato ímprobo encontrará exata correspondência nas situações elencadas nos incisos da Lei de Improbidade Administrativa. Na realidade, basta que o ato analisado tenha correspondência com a infração genericamente descrita no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11, até porque a caracterização da infração é seguida do termo “e notadamente” antes da introdução das hipóteses especificamente descritas em lei.

Mesmo que assim não fosse, o art. 11 da Lei nº 8.429/1992 dá margem para que, na prática, qualquer ato que viole aos princípios da Administração Pública ou aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas é passível de caracterizar ato de improbidade administrativa. Para tanto, contudo, exige-se também a averiguação do elemento subjetivo na conduta do agente.

Superada a questão, é preciso tratar especificamente acerca de cada uma das categorias dos atos de improbidade administrativa contempladas na Lei nº 8.429/1992.

Na primeira delas, trata-se dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito que, conforme previsto no art. 9º, *caput*, ocorrem nas situações em que o sujeito “[...] auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei”.

Na segunda, trata-se dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário que, conforme previsto no art. 10, *caput*, ocorrem nas situações em que o sujeito pratica “[...] ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei”.

Na terceira e última, prevista no art. 11, *caput*, trata-se da ampla categoria do ato de improbidade administrativa que “[...] atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

Justamente em razão de tal amplitude e, de certa forma, generalidade, o art. 11, *caput*, dificulta-se a percepção dos agentes públicos acerca da distinção dos atos que configuram mera irregularidade daqueles que são ímprobos, o que dá margem à possibilidade de ocorrerem situações, ainda que pontuais, nas quais a Lei nº 8.429/1992 não é aplicada da forma mais adequada.

Realmente, diante da gravidade que circunda a improbidade administrativa, não há dúvidas acerca da necessidade de apurar com prudência e razoabilidade, dentro das categorias trazidas pela lei, se houve realmente prática de atos ímprobos, especialmente quanto àqueles que violam os princípios da Administração Pública.

Neste sentido, ao julgar o Recurso Especial nº 1.245.622 – RS 2011/0046726-8, em junho de 2011, de relatoria do Ministro Humberto Martins, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a prática de meras irregularidades administrativas, erros toleráveis ou transgressões disciplinares não são puníveis pela Lei de Improbidade Administrativa.

Encerrando as observações acerca do ato ímprobo, é fundamental esclarecer que o mesmo ato danoso pode, concomitantemente, ser enquadrado em mais do que uma das categorias de atos de improbidade previstas na Lei nº 8.429/1992.

Finalmente, o último elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa é aquele subjetivo à conduta do agente, item essencial para que se diferencie a prática de meros atos ilegais por agentes públicos ou terceiros em face da Administração Pública e atos de improbidade administrativa propriamente ditos.

Desde logo, mostra-se necessário ter em mente que, segundo disposição expressa do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes à terceiro é objetiva. Porém, a responsabilidade dos agentes públicos é necessariamente subjetiva, tendo em vista que somente haverá direito de regresso contra o responsável do dano caso a se verifique dolo ou culpa na conduta do agente.

Consequentemente, a Lei nº 8.429/1992 somente incidirá após a comprovação de que o sujeito ativo atuou com dolo ou culpa, isto é, exige-se a verificação da má-fé e desonestidade para que se cogite a prática de ato ímprobo.

Em razão das inúmeras condutas que podem ensejar a prática de atos de improbidade e da gravidade das respectivas sanções, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa exige a averiguação das intenções do sujeito ativo, levando-se em conta parâmetros de bom senso, razoabilidade e proporcionalidade. Aqui, não se pode olvidar que o real objetivo do art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 é de sancionar apenas as infrações que efetivamente atentem contra a probidade administrativa.

Quanto às modalidades do elemento subjetivo, apenas os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário é que admitem a prática da conduta em caráter doloso e culposo, já que o art. 10 da Lei nº 8.429/1992 fala expressamente em “[...] qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”.

Já os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública, os arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 são omissos quanto ao elemento subjetivo, razão pela qual entende-se que a conduta deve ser necessariamente dolosa, sob pena de descaracterização do ato ímprobo.

Discorrendo sobre a demonstração do elemento subjetivo para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui brilhantemente em sua obra que

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.<sup>19</sup>

Ainda sobre o elemento subjetivo, é preciso mencionar que a sua apuração na ação de improbidade administrativa acabou sendo afetada no julgamento do Recurso Especial nº 970.393 – CE 2007-0158591-4, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, em junho de 2012, no qual se firmou entendimento de que, na qualidade de terceira, a pessoa jurídica também pode figurar como sujeito ativo da prática do ato ímprobo.

Isso porque a admissibilidade da apuração do elemento subjetivo na conduta da pessoa jurídica, em especial o dolo, é questão demasiadamente controvertida na doutrina e na jurisprudência brasileira. Embora a análise em detalhes de tal discussão fuja ao objeto desta pesquisa, é inegável sua repercussão na temática da improbidade administrativa.

A respeito da problemática, cita-se que, em agosto de 2010, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.143 – RS 2009/0042987-9, de relatoria do Ministro Castro Meira, limitou-se a firmar posicionamento no sentido de que basta a pessoa jurídica ter auferido qualquer tipo de vantagem ou benefício

---

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 991.

com a prática do ato ímprobo para que, na qualidade de terceira, assuma a condição de sujeito ativo.

Antes de se dar por superada a questão, é pertinente apontar que este é justamente um dos pontos mais sensíveis na tratativa das ações de improbidade administrativa no dia a dia das demandas judiciais.

O que se percebe da análise de recentes julgados dos tribunais brasileiros, que serão abordados especificamente em momento posterior, é que não se tem cumprido adequadamente com a demonstração do elemento subjetivo, de modo que inúmeras ações de improbidade administrativa são ajuizadas sem qualquer indício do dolo ou culpa na conduta do acusado da prática do ato ímprobo, valendo-se de responsabilização objetiva não permitida pelo ordenamento jurídico vigente.

Não se pode esquecer que, como já dito, o que se pretende com a aplicação da Lei nº 8.429/1992 é afastar da Administração Pública agentes públicos ou terceiros que, agindo de má-fé, praticam condutas desonestas, motivo pelo qual, para sua aplicação, é inadmissível a ignorância do elemento subjetivo quando se fala em improbidade administrativa.

## 2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para aplicação da Lei nº 8.429/1992 e, principalmente, das sanções nela previstas, é necessária a intervenção do Poder Judiciário, motivo pelo qual se fala na propositura de ação judicial para se discutir a prática de atos de agentes públicos e terceiros que caracterizam improbidade administrativa, que tem por função tornar tais atos ineficazes e punir aqueles que concorreram para sua ocorrência.

Basta a prática de determinado ato que se encaixe em quaisquer das hipóteses de atos de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/1992 para que surja o interesse processual para a propositura da ação de improbidade administrativa. Ao contrário, não demonstrada a conduta do sujeito e o motivo pelo qual ela se caracteriza como ato ímprobo, fica evidenciada a falta de interesse de agir.

Em razão da natureza difusa dos interesses tutelados na Lei de Improbidade Administrativa, tem sido cada vez mais aceito na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a ação judicial cabível para tratar da responsabilização pela prática de atos ímprobos é a ação civil pública, temática que será explorada em maiores detalhes mais adiante.

Previamente à instauração de demanda judicial, a Lei nº 8.429/1992 prevê nos arts. 14 e 15 que, mediante requerimento da pessoa interessada à autoridade administrativa competente, seja instaurado procedimento administrativo para fins de investigação da prática do ato de improbidade, ocasião em que a comissão processante deverá dar conhecimento da sua existência ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas.

Como bem pontuado por José Marcelo Menezes Vigliar, “[...] esse procedimento não se confunde com o inquérito civil, que pode ser instaurado no lugar do referido procedimento, ou mesmo tramitar paralelamente a ele”<sup>20</sup>, como possibilita o art. 22 também da Lei nº 8.429/1992.

Ainda previamente à propositura da ação judicial cabível, permite-se à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar, perante o Ministério Público, a necessidade de ser decretada em juízo a indisponibilidade de bens do indiciado caso o ato ímprobo seja passível de causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.429/1992.

---

<sup>20</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 153.

Ainda, nos termos do art. 16 da mesma Lei, a comissão administrativa responsável por apurar o ato ímprobo pode representar ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que seja requerido em juízo a decretação do sequestro dos bens do agente ou do terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Nesta ocasião, oportuno frisar que há possibilidade de concessão de outras medidas cautelares além da indisponibilidade de bens e o sequestro, tais quais a investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, prevista no art. 16, § 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, bem como o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual, nos termos do art. 20, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Dentre as medidas cautelares, que serão vistas em detalhes posteriormente, apenas àquela referente ao afastamento do agente público no exercício do cargo, emprego ou função é que pode ser decretada administrativamente, de modo que todas as demais exigem intervenção do Poder Judiciário.

Por ora, basta mencionar que a ação de improbidade administrativa deverá ser proposta no prazo máximo de 30 dias contados da data de efetivação da medida cautelar, na primeira instância e em rito ordinário, como prevê especificamente o art. 17 da Lei nº 8.429/1992.

Destaca-se apenas que, em razão do advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no qual se extinguiu a anterior subdivisão do procedimento comum em “ordinário” e “sumário”, entende-se pela aplicação do procedimento comum às ações de improbidade administrativa, como indica a norma de transição prevista no art. 1.049 do mesmo Código.

Desde logo, é preciso mencionar que, em regra, não há foro por prerrogativa de função. Entretanto, como bem explicitado por Alexandre Mazza, o Superior Tribunal de Justiça reconhece exceção a essa regra na hipótese de o ato de improbidade administrativa ter sido praticado por juiz integrante de tribunal, caso em que a competência será do próprio tribunal imediatamente superior àquele em que o acusado está vinculado, exceto se este for o



Supremo Tribunal Federal, que terá competência para o julgamento do ato de improbidade praticado por um de seus membros.<sup>21</sup>

Deste modo, como se verá minuciosamente a seguir, é competente para processar e julgar a propositura da ação de improbidade administrativa o foro de primeira instância do local da ocorrência do dano ao erário, se houver, ou da prática do ato de improbidade administrativa.

Sanando quaisquer dúvidas acerca do foro competente para as ações de improbidade administrativa, explica Alexandre de Moraes que

[...] a Constituição Federal, consagrando o princípio do Juiz Natural (artigo 5º, XXXVII e LIII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas. O legislador constituinte foi claro ao direcionar os foros especiais em razão da dignidade da função somente para o processo penal – bastando, por exemplo, a leitura do artigo 102, I, *b*, ou artigo 105, I, *a* –; excluindo-se, portanto, de forma peremptória o processo e julgamento das ações cíveis por ato de improbidade administrativa originariamente nos Tribunais.<sup>22</sup>

Ainda no que tange à competência nas ações de improbidade administrativa, é relevante esclarecer que, conforme previsto no art. 17, § 5º, da Lei nº 8.429/1992, haverá prevenção do juízo “[...] para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

Outra peculiar e relevante regra aplicável às ações de improbidade administrativa está contida no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, que veda expressamente a realização de transação, acordo ou conciliação entre as partes após a judicialização do conflito. Em interpretação ao dispositivo legal em comento, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a proibição decorre do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.<sup>23</sup>

Entretanto, tal vedação imposta por lei não implica a obrigatoriedade de se propor ação de improbidade administrativa. Como já tratado em outras ocasiões, havendo dúvida acerca do elemento subjetivo daqueles supostamente envolvidos na prática de atos ímprobos, não há que se falar em judicialização do ocorrido.

Ainda a respeito do § 1º do art. 17, é interessante destacar que, durante a vigência da Medida Provisória nº 703 de 18 de dezembro de 2015, sua aplicação foi revogada, o que

<sup>21</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 688.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 350/351.

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 996.

deu margem à celebração de acordos de leniência entre os envolvidos na ação de improbidade administrativa. Contudo, por não ter sido convertida em Lei pelo Congresso Nacional, a Medida Provisória nº 703/2015 perdeu sua vigência em 29 de maio de 2016, o que fez com que o dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa voltasse a ter regular vigência no ordenamento jurídico nacional.

Vale a pena mencionar que, pouco antes da perda de vigência da Medida Provisória nº 703/2015, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.208 em 10 de maio de 2016, que tem por principal objetivo alterar as Leis nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) para viabilizar os acordos de leniência entre pessoas físicas e jurídicas, ainda em trâmite no Poder Legislativo.<sup>24</sup>

Por óbvio, a vedação do uso de métodos de composição entre as partes para solução de conflitos nas ações de improbidade administrativa é questão atual e polêmica, que divide opiniões entre os operadores do direito, agravada ainda mais após a promulgação da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que, em seu art. 36, § 4º, trata especificamente da possibilidade de conciliação nas ações em que a matéria objeto do litígio seja improbidade administrativa.

Quanto ao teor da petição inicial de improbidade administrativa, deve haver observância não só aos requisitos genéricos impostos pelo art. 319 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), como também os requisitos específicos dispostos na própria Lei nº 8.429/1992.

Como já adiantado, é o autor da ação de improbidade administrativa quem deve demonstrar, dentre os requisitos processuais específicos que lhe são impostos: (i) legitimidade ativa e passiva; (ii) incompatibilidade da conduta dos acusados em face dos princípios da Administração Pública; (iii) presença do elemento subjetivo na conduta dos acusados, isto é, dolo ou culpa grave; (iv) individualização da conduta de cada um dos acusados; e (v) correspondência da conduta ímproba nas hipóteses de incidência dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/1992.

---

<sup>24</sup> BRASÍLIA, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 5.208 de 10 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083754>>. Acesso em: 14 out. 2016.

Veja-se, deste modo, que para o recebimento e processamento da petição inicial da ação de improbidade administrativa, exige-se o adequado cumprimento não apenas de requisitos processuais genéricos, mas também específicos.

Caso a petição inicial da ação de improbidade administrativa esteja em termos, cabe ao juiz mandar autuá-la e ordenar a notificação dos requeridos para que ofereçam suas defesas prévias, no prazo de 15 dias, que poderão ser instruídas com documentos e justificações, conforme prevê o art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/1992.

Após o recebimento das defesas prévias, o juiz deverá, mediante decisão fundamentada, no prazo de 30 dias: (i) determinar a rejeição da ação de improbidade administrativa, caso se convença da inexistência do ato ímprobo, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, conforme previsto no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992; ou (ii) receber a demanda judicial e ordenar a citação dos réus para que apresentem suas contestações, conforme previsto no art. 17, § 9º, da mesma Lei.

Independentemente de ser a ação de improbidade administrativa recebida ou rejeitada pelo juiz, trata-se de decisão recorrível por agravo de instrumento, nos termos art. 17, § 10, da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001.

Ainda que a petição inicial seja recebida e o processo tenha regular tramitação, o juiz pode extinguir o feito sem resolução do mérito em qualquer fase processual caso reconheça a inadequação da ação de improbidade administrativa, conforme permite o art. 17, § 11, da Lei nº 8.429/1992.

No que se refere ao julgamento da demanda, é fundamental mencionar que a sentença na qual se condena o acusado a sanções não pleiteadas especificamente na petição inicial da ação de improbidade administrativa não a caracteriza como *ultra petita* ou *extra petita*, de modo que o juiz, ao analisar os fatos narrados nos autos, pode entender por enquadrar o ato ímprobo em categoria diversa daquela trazida pela parte autora, aplicando as respectivas sanções da Lei nº 8.429/1992 da maneira que julgar mais adequada.

Em caso de procedência de ação civil de reparação de danos ou decretação de perda de bens acrescidos ilicitamente, determina o art. 18 da Lei de Improbidade Administrativa que a sentença deverá determinar o pagamento ou a reversão dos valores à própria pessoa jurídica prejudicada pela prática do ato ilícito.

Aqui, observa-se um dos diferenciais entre a ação de improbidade administrativa e a ação civil pública. Enquanto a Lei nº 8.429/1992 prevê, em seu art. 18, que eventual pagamento de indenização e perda de bens imposta ao acusado será revertido em favor da própria pessoa jurídica vitimada pela prática do ato ilícito, a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) dispõe, em seu art. 13, que a indenização pelo dano causado será revertida em benefício de fundo gerido por Conselho Federal ou Conselho Estadual destinado à reconstituição dos bens lesados.

Ainda no julgamento da ação de improbidade administrativa, caso se entenda pela aplicação das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, o art. 20 da Lei nº 8.429/1992 exige trânsito em julgado da sentença condenatória para sua efetivação, o que permite concluir que as demais penalidades admitem execução provisória, ressalvada a concessão de efeito suspensivo a eventuais recursos interpostos.

Contudo, importante frisar que o parágrafo único do artigo supracitado possibilita à autoridade administrativa ou ao juiz a determinação de afastamento temporário do agente público acusado da prática de ato ímprobo com o intuito de garantir a efetividade das investigações, sem prejuízo da sua remuneração.

No mais, como bem apontado por Alexandre Mazza, há divergência na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca da possibilidade de responsabilização por danos morais em decorrência da prática do ato ímprobo.<sup>25</sup> Os que entendem pela impossibilidade argumentam que o dano moral é incompatível com a natureza transindividual da ação de improbidade administrativa; por outro lado, os que entendem pela possibilidade sustentam que se verifica a ocorrência de dano moral indenizável, seja pela frustração causada pelo ato ímprobo à sociedade, seja pelo desprestígio causado à pessoa jurídica lesada.

Traçadas estas considerações introdutórias a respeito da ação de improbidade administrativa, passa-se agora a analisar, especificamente e em maiores detalhes, seus principais aspectos processuais.

## **2.1 NATUREZA DA AÇÃO**

Na atualidade jurídico-brasileira, a natureza da ação de improbidade administrativa ainda é controvertida na doutrina, que se mostra dividida entre dois posicionamentos conflitantes, como bem explica Arlete Inês Aurelli: (i) aquele segundo o

---

<sup>25</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 695.

qual a ação de improbidade administrativa é uma ação distinta da ação popular e da ação civil pública, com regime e objetivos próprios; e (ii) aquele segundo o qual a ação de improbidade administrativa é uma modalidade de ação civil pública.<sup>26</sup>

Os que adotam o primeiro posicionamento o fazem sustentando que prevalece na natureza dos interesses protegidos pela ação de improbidade administrativa o aspecto individual da pessoa jurídica lesada pela prática do ato ímprobo, enquanto na ação civil pública prevalecem os interesses de natureza coletiva, motivo pelo qual a primeira não estaria submetida ao regime jurídico da segunda. Ainda, pontuam também que as disposições do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 tornam a ação de improbidade administrativa um instituto diferenciado.

Inclusive, este já foi o posicionamento adotado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 827.445 – SP 2006/0058922-3, de relatoria do então Ministro Luiz Fux, em fevereiro de 2010, no qual se entendeu pela distinção entre a natureza da ação de improbidade administrativa, da ação popular e da ação civil pública.

No julgado em comento, fundamentou-se que a ação de improbidade administrativa se assemelha às ações penais em razão de sua natureza repressiva, enquanto a ação civil pública é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória e, por sua vez, a ação popular é de natureza eminentemente desconstitutiva.

Por outro lado, os que adotam o segundo posicionamento entendem que, sendo a ação civil pública uma ação coletiva destinada à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, bem como de quaisquer outros direitos e interesses difusos, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/1985, a ação de improbidade administrativa nada mais é do que modalidade específica da ação civil pública, regida especificamente pela Lei nº 8.429/1992 e, subsidiariamente, pela Lei nº 7.346/1985, tendo por objetivo o resguardo do erário e da moralidade administrativa, que são interesses de caráter difuso.

É justamente este último posicionamento ao qual se filia a autora retrocitada, que afirma com convicção que a ação de improbidade administrativa, apesar de atender às regras

---

<sup>26</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 06/08.

procedimentais próprias previstas na Lei nº 8.429/1992, “[...] tem natureza jurídica de ação civil pública em função de seu objeto, que é a defesa de interesses metaindividuais, bem como da legitimidade atribuída para o seu exercício”.<sup>27</sup>

Na prática, tem sido cada vez mais frequente o uso da ação civil pública com o propósito de apurar e punir a prática de atos de improbidade administrativa, o que tem sido aceito no âmbito jurisprudencial, desde que observadas às disposições da Lei nº 8.429/1992.

Para tanto, fundamenta-se no fato de que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, ao tratar da “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” acabou ampliando os objetivos da ação civil pública inicialmente previstos no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, que foi alterado para fazer constar em sua abrangência “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, conforme previsto em seu inciso IV.

No mesmo sentido, argumenta Alexandre de Moraes em sua obra que

[...] a Lei da Ação Civil Pública é a lei processual, pelo que a hipótese motivadora da ação possibilitadora da condenação por ato de improbidade administrativa se baseia nas disposições da Lei nº 8.429/1992, norma substantiva, de direito material, que foi editada para regulamentar as sanções previstas constitucionalmente no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988.<sup>28</sup>

Quanto às divergências doutrinárias expostas acima, é fundamental esclarecer que, para os fins da presente pesquisa, adota-se o mesmo posicionamento crítico sustentado por Daniel Amorim Assumpção Neves, segundo o qual

[...] a nomeação das ações é algo ultrapassado, condizente com uma época imanentista do processo, na qual não se conseguia distinguir o Direito material do Direito processual. Portanto, chamar a ação regulada pela Lei nº 8.429/1992 de ação civil pública ou não é formalidade que não muda a realidade: uma ação coletiva que visa a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa regida pela Lei nº 8.429/1992 e subsidiariamente pelo microsistema coletivo e pelo Código de Processo Civil.<sup>29</sup>

No mais, ainda a respeito de sua natureza jurídica, expõe Arlete Inês Aurelli que a ação de improbidade administrativa possui caráter predominantemente condenatório e, em

---

<sup>27</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 10.

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 345.

<sup>29</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 129.

parte, desconstitutivo, tendo em vista as medidas neste sentido previstas na Lei de Improbidade Administrativa e a própria eficácia do conteúdo da sentença a ser proferida.<sup>30</sup>

## 2.2 LEGITIMIDADE

Em termos genéricos, a legitimidade de agir ordinária pode ser compreendida como a correspondência entre as partes no direito material e no direito processual, de modo que estão legitimados processualmente aqueles mesmos sujeitos que figuram como titulares da relação jurídica de direito material em análise.

Excepcionalmente, contudo, admite-se que alguém litigue em juízo em nome de terceiro, conforme previsto no art. 18 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o que é denominado de legitimidade de agir extraordinária, que decorre de expressa autorização legal ou da interpretação lógico-jurídica do ordenamento.

As discussões doutrinárias existentes a respeito da legitimação extraordinária e a substituição processual são especialmente relevantes no âmbito das ações coletivas, nas quais são tutelados interesses difusos. Isso porque a legitimidade ativa nestas ações, como bem explica Daniel Amorim Assumpção Neves, independentemente de ser classificada como extraordinária ou autônoma, será conferida por lei a determinado sujeito para que tutele um direito de toda a coletividade.<sup>31</sup>

Contudo, em nada afeta a legitimidade passiva, tendo em vista que esta será sempre ordinária nas ações coletivas, nas quais os réus defendem seus interesses em nome próprio.

Especificamente no escopo da ação de improbidade administrativa, o art. 17 da Lei nº 8.429/1992 confere legitimidade ativa para a sua propositura ao Ministério Público e a própria pessoa jurídica interessada.

Como regra, a legitimidade ativa será do Ministério Público Federal para propositura de ações de improbidade administrativa que envolvam interesses da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, nos termos do art. 109, inciso I, da

---

<sup>30</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 12/13.

<sup>31</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 135.

Constituição Federal de 1988. Nas demais situações, a legitimidade ativa será do próprio Ministério Público Estadual.

Aqui, oportuno esclarecer que, mesmo que a Lei de Improbidade Administrativa não tivesse expressamente conferido legitimidade ativa ao Ministério Público para a proposição de ação judicial com o intuito de condenar agentes públicos e terceiros que concorreram na prática de atos ímprobos, o art. 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988 lhe incumbe à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que naturalmente inclui a defesa da probidade administrativa.

Seguindo o mesmo sentido, o art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988 determina, como função institucional do Ministério Público, a promoção de inquérito civil e ação civil pública para fins de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Deste modo, observa-se que, ainda que a Lei nº 8.429/1992 não tivesse se encarregado de dispor expressamente acerca da legitimidade ativa do Ministério Público para promoção das ações de improbidade administrativa, há dispositivos constitucionais cuja interpretação permite concluir por tal legitimação.

Sanando quaisquer discussões a respeito da legitimidade ativa do Ministério Público para propositura da ação de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 329, segundo a qual “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.<sup>32</sup>

Caso a ação de improbidade administrativa seja proposta pelo Ministério Público, o art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/1992 determina a aplicação, no que for cabível, do art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965, de modo que, assim como ocorre na ação popular, confere-se à pessoa jurídica interessada duas possibilidades: (i) abster-se de contestar o pedido; ou (ii) atuar ao lado do autor na qualidade de litisconsorte, desde que haja utilidade ao interesse público, o que é avaliado de acordo com o juízo de seu representante legal ou dirigente.

Com efeito, proposta a ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada deve ser cientificada para integrar a lide e, se quiser,

---

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 329. DJE: 10 ago. 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_27\\_capSumula329.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_27_capSumula329.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2016.



poderá atuar na qualidade de litisconsorte ativo facultativo, suprindo eventuais omissões e falhas do *Parquet*, além de indicar provas. Nos termos do art. 329, inciso II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tal intervenção pode ocorrer até a citação dos réus, ou seja, antes da lide ser estabilizada.

Também figura como legitimado a propositura da ação de improbidade administrativa a pessoa jurídica interessada, que, em interpretação ampla, pode ser qualquer pessoa que tenha sofrido algum tipo de lesão em decorrência da prática da conduta ímproba.

Como já visto em outra ocasião, as pessoas jurídicas que podem ser vítimas da conduta danosa foram elencadas no art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992, que são aquelas que fazem parte da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais da metade do patrimônio ou da receita anual, bem como aquelas entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com ao menos cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Em síntese, o interesse ocasionado pelo evento danoso suportado em razão da prática do ato de improbidade faz surgir a legitimidade ativa da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que receba dinheiro público.

De acordo com o entendimento de Arlete Inês Aurelli, também detém legitimidade ativa para mover ação de improbidade administrativa os órgãos públicos com prerrogativas próprias, tendo em vista que, apesar de serem entes despersonalizados, possuem personalidade judiciária, o que os permite defender direitos em juízo.<sup>33</sup> A título exemplificativo, cita a autora as Câmaras Municipais e Mesas de Assembleias.

Contudo, mesmo conferindo ampla interpretação aos dispositivos da Lei nº 8.429/1992, entende-se que a legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade administrativa não abrange às associações privadas, diferentemente do que possibilita o art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

---

<sup>33</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 18.

Caso a ação de improbidade de improbidade administrativa seja proposta pela pessoa jurídica de direito público ou privado interessada, o Ministério Público deverá atuar, necessariamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade, conforme determina o art. 17, § 4º da Lei nº 8.429/1992.

Dentre suas particularidades, cumpre destacar que a legitimidade ativa na ação de improbidade administrativa se mostra facultativa, simultânea e independente, tendo em vista que se admite a propositura simultânea de ações por quaisquer dos legitimados, sem que seja necessário formar litisconsórcio ou obter autorização do outro legitimado para tanto.

Já a legitimidade passiva para a ação de improbidade administrativa é conferida pelo art. 1º da Lei nº 8.429/1992 àqueles que praticam condutas tidas como ímprobas, que podem ser agentes públicos ou terceiros.

No que tange aos agentes públicos, já foi pontuado anteriormente que o art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa define, para fins de sua aplicação, que se considera agente público “[...] todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades elencadas no art. 1º do mesmo diploma legal.

Também se preocupou no art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa em definir também o terceiro, que é entendido como aquele que “[...] mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Como já indicado em outra oportunidade, tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica de direito público ou privado, na qualidade de terceiras, podem integrar o polo passivo da ação de improbidade administrativa, ainda que desacompanhadas de seus sócios, conforme se decidiu no julgamento do Recurso Especial nº 970.393 – CE 2007/0158591-4, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, em junho de 2012.

O julgado, contudo, traz à ação de improbidade administrativa implicações acerca da verificação do elemento subjetivo para fins de incidência das disposições da Lei nº 8.429/1992, tendo em vista que é muito debatida a admissibilidade de se apurar dolo ou culpa na conduta da pessoa jurídica.

Já foi dito anteriormente que, apesar da polêmica que circunda a apuração do elemento subjetivo na conduta da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tomou posição, em agosto de 2010, no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.143 – RS 2009/0042987-9, de relatoria do Ministro Castro Meira, no sentido de que para se admitir a pessoa jurídica, independentemente da inclusão de seus sócios, no polo passivo da ação de improbidade administrativa, basta que ela tenha auferido qualquer tipo de vantagem ou benefício com a prática do ato ímprobo.

Embora não conste expressamente na Lei nº 8.429/1992, entende-se pela necessidade de atuação em conjunto na prática do ato de improbidade administrativa daquele considerado terceiro e do agente público, sob pena de se afastar a incidência da Lei nº 8.429/1992, já que não se admite sua aplicação ao particular que atuou sozinho.

Consequentemente, não sendo o particular parte legítima para figurar sem o agente público no polo passivo, é incabível a propositura de ação de improbidade administrativa apenas contra ele, o que faz surgir a oportunidade para a propositura de outras ações, como a ação popular e ação civil pública, por exemplo.

Neste aspecto, é preciso esclarecer que quem detém legitimidade para figurar no polo passivo da ação de improbidade administrativa é o próprio agente público, e não a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ele se encontra vinculado. Porém, o mesmo não ocorre com o particular, já que se admite que a própria pessoa jurídica de direito privado a qual ele esteja vinculado seja incluída no polo passivo.

Ainda, em interpretação ao art. 17 da Lei nº 8.429/1992, entende Arlete Inês Aurelli que a pessoa jurídica de direito público interessada está autorizada, caso queira, a integrar o polo passivo da ação de improbidade administrativa com a finalidade de defender o ato apontado como ímprobo.<sup>34</sup>

Por fim, ao contrário do que ocorre no polo ativo, a legitimidade passiva na ação de improbidade administrativa implica verdadeiro litisconsórcio passivo necessário aos agentes públicos, tendo em vista que a eficácia da sentença judicial depende da inclusão no polo passivo de todos aqueles que se envolveram ou se aproveitaram da prática do ato ímprobo, nos termos do art. 114 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Os

---

<sup>34</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 21.

terceiros que eventualmente concorreram para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficiaram, o litisconsórcio é facultativo.

### **2.3 COMPETÊNCIA**

Apesar da fundamental relevância do tema para fins de propositura, processamento e julgamento da demanda judicial, a Lei nº 8.429/1992 não faz qualquer apontamento acerca da competência na ação de improbidade administrativa, motivo pelo qual é preciso se socorrer às regras previstas na Constituição Federal de 1988, Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e eventuais leis extravagantes.

Para definição do juízo competente, assim como ocorre em todas as demais ações judiciais, é preciso verificar, nesta ordem, se a competência é: (i) da justiça brasileira internacional; (ii) originária dos Tribunais Superiores ou de órgão jurisdicional atípico; (iii) da justiça especializada ou da justiça comum; (iv) da justiça federal ou estadual; (v) originária do Tribunal respectivo ou do primeiro grau de jurisdição; e (vi) de qual foro da jurisdição de primeiro grau, se for o caso.

Desde logo, cumpre esclarecer que é o juízo brasileiro o competente para o processamento e julgamento das ações de improbidade administrativa fundamentadas na Lei nº 8.429/1992. Isso porque, tratando-se de ato ímprobo cuja prática acarreta em prejuízo ao patrimônio público ou a moralidade administrativa, a competência da justiça brasileira se faz presente em razão do art. 21, inciso III, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), já que o fundamento da ação é o fato ocorrido ou o ato praticado no território nacional.

Interessante pontuar que se o ato ímprobo for praticado fora do território nacional, ainda assim haverá competência da justiça brasileira para processar e julgar a ação de improbidade administrativa, tendo em vista que ao menos um dos réus da demanda será o agente público, que deve ser domiciliado no Brasil, impondo-se a aplicação da regra contida no art. 21, inciso I, do mesmo Código de Processo Civil.

Verificada a competência da justiça brasileira, é necessário apurar se as características do caso concreto fazem incidir a competência originária dos Tribunais Superiores.

Sobre o tema, encarregou-se a Constituição Federal de 1988, em seus arts. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, e 105, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, a tratar das hipóteses de

competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para o processamento e julgamento de crimes comuns e de crimes de responsabilidade praticado por determinadas autoridades.

Como se vê, o texto constitucional não faz menção aos atos de improbidade administrativa, motivo pelo qual muito se debate na doutrina e na jurisprudência se tais situações são de competência originária dos Tribunais Superiores.

Neste ponto, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma ser possível distinguir duas correntes distintas no que tange a polêmica em análise.<sup>35</sup>

Na primeira delas, aplicam-se extensivamente os dispositivos constitucionais à ação de improbidade administrativa, permitindo a inclusão de regras de competência não previstas expressamente em razão da gravidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. Em contrapartida, na segunda, interpretando restritivamente os dispositivos constitucionais que tratam da competência dos Tribunais Superiores, entende-se que não há que se falar em aplica-los também à ação de improbidade administrativa, já que, apesar da gravidade, suas sanções são de natureza administrativa, e não penal.

Até o momento, a questão permanece polêmica e controvertida, em especial nos próprios Tribunais Superiores, não havendo unanimidade ou até mesmo posicionamento majoritário.

Por exemplo, em abril de 2008, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 2.138/DF (Processo nº 0002961-11.2002.0.01.0000), de relatoria do Ministro Nelson Jobim, o Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicação extensiva da prerrogativa de foro prevista no diploma constitucional à ação de improbidade administrativa.

Contudo, mais recentemente, o mesmo Tribunal, no julgamento da Petição nº 3.067 em Agravo Regimental (Processo nº 0004588-16.2003.0.01.0000) em novembro de 2014, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, entendeu-se pela impossibilidade de extensão das regras de competência originária dos Tribunais Superiores à ação de improbidade administrativa e, conseqüentemente, pela incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no que ficou decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797 (Processo nº 0004565-07.2002.0.01.0000), de relatoria do Ministro Menezes Direito.

---

<sup>35</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 155/157.

De qualquer forma, não sendo hipótese de competência originária dos Tribunais Superiores, passa-se a analisar se há competência da Justiça Especializada. A competência será da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral ou da Justiça Militar se a matéria discutida no processo tiver correspondência com quaisquer daquelas elencadas nos arts. 114, 121 e 125 da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

Sobre sua aplicação prática à ação de improbidade administrativa, bem esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves que parte da doutrina se posiciona no sentido de que as hipóteses de competência da Justiça Especializada são de difícil ocorrência, enquanto a outra sequer admite a sua aplicação.<sup>36</sup>

Afastada a Justiça Especializada, considera-se que a competência será da Justiça Comum, na qual se distingue a Justiça Federal, prevista expressamente no art. 109 da Constituição Federal de 1988, e a Justiça Estadual, que é residual.

Conforme previsto no art. 109, inciso I, do diploma constitucional, será de competência da Justiça Federal a ação de improbidade administrativa que tratar de causa na qual participe em quaisquer dos polos do processo a União, entidade autárquica ou empresa pública. Proposta a ação de improbidade administrativa por quaisquer das pessoas jurídicas de direito público elencadas no art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988 ou pelo Ministério Público Federal, a competência será da Justiça Federal.

Neste ponto, embora a legitimidade para integrar o polo passivo da ação de improbidade administrativa seja da própria pessoa física que praticou ou contribuiu com a prática do ato ímprobo, e não a pessoa jurídica de direito público a qual ela se encontra vinculada, não se pode olvidar que se a pessoa jurídica interessada for uma daquelas previstas no rol constitucional do art. 109, inciso I, e optar por integrar o polo passivo ou ativo da ação após ser intimada para tanto, a competência passará a da Justiça Federal.

Por óbvio, não basta que a pessoa jurídica lesada pelo ato ímprobo seja uma daquelas elencadas no art. 109, inciso I, da Constituição Federal; exige-se a sua efetiva presença em quaisquer dos polos da ação judicial para que se fale em competência da Justiça Federal, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 158.

<sup>37</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 160.

Também será de competência da Justiça Federal o processamento e julgamento da ação de improbidade administrativa cuja causa seja fundada em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, nos termos do art. 109, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Não configurada hipótese de competência da Justiça Federal, resta competência da Justiça Comum, que, como já adiantado é residual. Tanto no âmbito de aplicação de uma, quanto da outra, é preciso determinar se a competência será originária do segundo ou do primeiro grau de jurisdição.

A competência será dos Tribunais Regionais Federais nas situações em que o ato de improbidade for praticado por Juiz Federal ou por membro do Ministério Público da União, conforme previsão do art. 108 da Constituição Federal de 1988. Contudo, será dos Tribunais Estaduais sempre que houver prerrogativa de foro decorrente da função em razão do cometimento de crimes comuns ou de responsabilidade, conforme previsto no art. 125, § 1º, da Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, se o ato de improbidade for praticado por juiz estadual.

Caso contrário, a competência será do próprio juízo de primeiro grau, o que faz surgir a necessidade de se avaliar qual o foro competente para tanto, sendo que, enquanto na Justiça Federal fala-se em seção judiciária, na Justiça Estadual fala-se em comarca. Sua definição na ação de improbidade, contudo, é controvertida na doutrina, como bem explica Daniel Amorim Assumpção Neves.<sup>38</sup>

Em síntese, parte da doutrina entende pela aplicação do art. 53, inciso IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), de acordo com o qual a competência será do foro do lugar do ato ou fato nas ações reparatorias. O problema com este entendimento surge da dificuldade em se definir o foro competente na ação de improbidade administrativa na qual não há prejuízo ao erário, e sim apenas lesão aos princípios da Administração Pública.

Outra parte, a qual se filia o próprio autor supramencionado e que parece ser a mais adequada, defende-se a aplicação subsidiária da regra de competência prevista no art. 2º

---

<sup>38</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 162/163.

da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), de acordo com a qual a demanda deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano.

Por fim, fixada a competência de foro, é pertinente mencionar que pode haver necessidade de se apurar eventual competência também do juízo. Isso porque há, em alguns foros, varas especializadas em razão da matéria ou da pessoa, decorrentes de regras de organização judiciária do local que implicam competência absoluta.

## 2.4 MEDIDAS CAUTELARES

Já foi superficialmente mencionado nesta pesquisa que a Lei nº 8.429/1992 se encarregou também de dispor acerca de algumas medidas de natureza cautelar passíveis de aplicação aos acusados da prática de atos de improbidade administrativa.

De fato, a Lei de Improbidade Administrativa prevê de modo expresso o uso de quatro espécies de medidas cautelares em dispositivos esparsos: (i) indisponibilidade de bens, em seu art. 7º; (ii) sequestro, em seu art. 16; (iii) investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, em seu art. 16, § 2º; e (iv) afastamento temporário do cargo, emprego ou função, em seu art. 20, parágrafo único.

Entretanto, como perspicazmente apontado por Daniel Amorim Assumpção Neves, também é o caso de se admitir, no âmbito da improbidade administrativa, o uso de quaisquer das medidas cautelares elencadas no art. 301 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015).<sup>39</sup>

Ainda, é importante esclarecer que a própria Lei de Improbidade Administrativa faz referência ao uso complementar do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973) ao disciplinar as medidas cautelares e demais aspectos procedimentais. Porém, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), entende-se pela adequação das remissões feitas na Lei nº 8.429/1992 à procedimentos que não estão mais em vigor aos atualmente vigentes.

Especificamente no que tange as medidas cautelares, a nova processualística civil implicou na unificação do processo cautelar e do processo principal. Assim, o interessado apresenta ambos os pedidos nos mesmos autos, formulando inicialmente o pedido cautelar

---

<sup>39</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 245.



anterior e, no prazo de 30 dias, o pedido principal, nos termos do art. 308 da Lei nº 13.150/2015. Por óbvio, é também possível formular pedido cautelar incidental.

Além do mais, para concessão da medida cautelar, seja dentre aquelas previstas expressamente na Lei de Improbidade Administrativa, seja para as demais com previsão no Código de Processo Civil, exige-se demonstração em juízo do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, isto é, a plausibilidade do direito invocado e o perigo na demora caso a medida não seja efetivada com urgência. Apesar de serem requisitos genéricos e comuns a todas as modalidades de tutelas cautelares, o modo em que seu cumprimento se efetiva varia de acordo com cada uma.

Traçadas considerações gerais, é oportuno tratar com maiores detalhes acerca das medidas cautelares que encontram disposição expressa na Lei nº 8.429/1992, que se mostram muito significativas para garantia da efetividade da ação de improbidade administrativa.

Não há dúvida de que uma das medidas cautelares de maior relevância é a decretação de indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa. Ao impedir o indiciado pela prática do ato ímprobo de celebrar qualquer negócio jurídico que implique a transferência dos bens de sua propriedade a terceiros, atinge seu objetivo de impedir que ele disponha livremente de seus bens com o propósito de preservar a eficácia de futura e eventual execução de pagar quantia.

Em que pese a imposição feita no art. 7º da Lei nº 8.429/1992 de que a autoridade administrativa responsável pelo inquérito deverá representar ao Ministério Público para que seja pleiteada a decretação da indisponibilidade de bens, deve-se entender que, na realidade, o Ministério Público pode fazê-lo independentemente de representação da autoridade administrativa, como permite o art. 16 da mesma Lei ao tratar da decretação do sequestro de bens.

Assim como em todas as demais medidas cautelares, sua concessão exige demonstração do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Em sua particularidade, contudo, o *fumus boni iuris* se faz presente na satisfatória demonstração de indícios de que um ato tipificado pela Lei nº 8.429/1992 como ímprobo foi praticado pelo indiciado. Já o *periculum in mora* se faz presente quando há comprovado perigo de que o indiciado dilapide ou desvie seu patrimônio, prejudicando futuro ressarcimento do dano ou devolução de bens.

Porém, a exigibilidade da demonstração do *periculum in mora* é questão controvertida e polêmica na medida cautelar de indisponibilidade de bens.

Há tanto aqueles que sustentam que sua concessão exige efetiva demonstração do perigo de dilapidação ou desvio patrimonial do acusado da prática do ato de improbidade administrativa, quanto aqueles que entendem que não há necessidade de comprovação de tal requisito, presumindo-se o perigo de ineficácia no ressarcimento do erário.

Em fevereiro de 2014, a polêmica foi apaziguada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.366.721 – BA 2013/0029548-3, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no qual se firmou entendimento em regime de repercussão geral (Tema nº 701) de que é possível a concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens em ação civil pública de improbidade administrativa ainda que ausente ou não demonstrada a prática de atos que induzam ao risco de dilapidação ou desvio patrimonial que dificultem ou impliquem na impossibilidade de eventual ressarcimento.

Do julgado, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça interpreta a natureza da medida prevista no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa não como cautelar, e sim de evidência, sustentando que basta a demonstração em cognição sumária de que o suposto ato ímprobo causou prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito.

Sobre a questão, pertinente indicar o posicionamento crítico adotado por Daniel Amorim Assumpção Neves, que acertadamente rejeita o recente entendimento jurisprudencial ao explicar, de modo brilhante, que

Não consigo, do ponto de vista processual, aceitar a tese consagrada no Superior Tribunal de Justiça de *periculum in mora* presumido. Se o arresto cautelar depende da prova desse requisito, como pode uma medida ainda mais severa prescindir de tal prova? O argumento de que a defesa do Erário justificaria tal presunção pode parecer simpática à população já esgotada diante de tanto mau trato da coisa pública, mas não se sustenta juridicamente. [...] Pode-se até imaginar que em decorrência das dificuldades de tal prova o juiz amenize o preenchimento desse requisito, se satisfazendo com uma mera possibilidade de dilapidação do patrimônio. Presumir tal perigo, entretanto, não parece razoável.<sup>40</sup>

Realmente, a presunção de *periculum in mora* para fins de concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa não se mostra razoável. Embora não se negue eventuais dificuldades de se demonstrar em juízo o

---

<sup>40</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 260.

cumprimento dos requisitos jurídicos necessários para decretação da medida, entende-se pela sua imprescindibilidade, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência garantido pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

No mais, deve-se ter em mente que a decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens tem incidência limitada e proporcional ao prejuízo causado ao erário e aos bens acrescidos posteriormente à prática do ato de improbidade administrativa.

Já a medida cautelar de sequestro, prevista no art. 16 da Lei nº 8.429/1992, também com a finalidade de garantir eventual execução por quantia certa, incide sobre bens específicos do indiciado, em quantia suficiente ao prejuízo causado ao erário ou ao seu enriquecimento ilícito decorrentes da prática do ato de improbidade. Para sua concessão, exige-se não somente a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, a demonstração da probabilidade de ocorrência do ato de improbidade e o risco ao resultado útil do processo, mas também a indicação e especificação dos bens sequestráveis.

Finalmente, a Lei nº 8.429/1992 prevê, em seu art. 20, a possibilidade de decretação do afastamento liminar do agente público acusado da prática de ato de improbidade administrativa.

Trata-se de medida excepcional, aplicável apenas às situações nas quais o afastamento do agente público do exercício de seu cargo, emprego ou função, desde que tal providência seja imprescindível à garantia da instrução processual. O dispositivo legal não faz qualquer menção ao seu prazo de duração, motivo pelo qual se entende que a medida pode perdurar, em tese, até o encerramento da fase instrutória, sem prejuízo da sua remuneração daquele que foi afastado.

Para sua concessão, contudo, entende-se que o *fumus boni iuris* representa a viabilidade da acusação contida na petição inicial e o direito daquele que a propõe de produzir determinadas provas. Já o *periculum in mora* se faz presente na necessidade de se afastar o agente público para viabilizar a efetiva coleta de provas durante a instrução processual.

Finalmente, é fundamental frisar que o afastamento do agente público do exercício do cargo, mandato ou função é medida cautelar de caráter excepcional, cuja aplicação exige especial observância dos princípios da razoabilidade e da presunção de inocência, devendo ser reprimido o seu uso com o intuito de se antecipar a aplicação de sanção ao acusado.

## 2.5 PRESCRIÇÃO

Antes de se avançar ao estudo do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso tecer, rapidamente, algumas considerações a respeito dos efeitos da prescrição na demanda judicial em que se pretende apurar e punir a prática de atos ímprobos.

O instituto encontra previsão expressa no art. 23, incisos I e II, da Lei nº 8.429/1992, no qual foram previstas duas hipóteses distintas em que se verifica a ocorrência da prescrição para fins de propositura da ação de improbidade, respectivamente: (i) transcurso do prazo de 05 anos após o término do exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança; e (ii) transcurso do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público para os que exercem cargo efetivo ou emprego.

Com efeito, proposta a ação de improbidade administrativa em observação aos prazos assinalados no art. 23 da Lei nº 8.429/1992, não há que se falar em prescrição.

Ocorre que, como se verifica da própria leitura do dispositivo legal, não se faz qualquer menção a possíveis prazos prescricionais aplicáveis às pretensões de ressarcimento de danos causados ao erário por agente público, seja ele servidor ou não, o que permite concluir que, na realidade, trata-se de pretensão imprescritível.

É exatamente este o sentido que a Constituição Federal de 1988 implica à Lei de Improbidade Administrativa ao dispor, em seu art. 37, § 5º, que os prazos prescricionais aplicáveis aos ilícitos praticados por agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário serão estabelecidos por lei, exceto as correspondentes ações de ressarcimento.

Por óbvio, o intuito do dispositivo constitucional ao não permitir a prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário foi de garantir a total proteção do patrimônio público, permitindo que os sujeitos envolvidos na prática do ato de improbidade administrativa possam ser chamados a responder pelos prejuízos que causaram aos cofres públicos a qualquer tempo.

Sendo assim, dentre as sanções mencionadas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, mostra-se pacífico o entendimento de que se submetem à prescrição apenas aquelas que implicam perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa

civil, proibição de contratar com o Poder Público e proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios.

Em que pese à interpretação do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa em conformidade com a norma constitucional, que trata a pretensão de ressarcimento ao erário como imprescritível, a questão se mostra atualmente controvertida na jurisprudência brasileira.

Recentemente, aumentando as discussões a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 669.069/MG (Processo nº 200838090056339) em fevereiro de 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, firmou entendimento em regime de repercussão geral (Tema nº 666) de que a ação de reparação de dano à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil é prescritível.<sup>41</sup>

Oportuno frisar, como constou expressamente no próprio acórdão, que a tese firmada no julgamento do *leading case* Recurso Extraordinário nº 669.069/MG não alcança a ação de ressarcimento ao erário decorrente da prática do ato de improbidade administrativa.

Desde novembro de 2014, tramita em regime de repercussão geral (Tema nº 897) perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 852.475/SP (Processo nº 994050907385), também de relatoria do Ministro Teori Zavascki, no qual se discute especificamente acerca da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos pela prática de ato de improbidade.<sup>42</sup>

Finalmente, destaca-se que, evidentemente, o julgamento do *leading case* Recurso Extraordinário nº 852.475/SP é muito aguardado no ordenamento jurídico brasileiro, já que terá o condão de pacificar inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da prescrição nas ações de improbidade administrativa.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Tema nº 666. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Tema nº 897. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>>. Acesso em: 20 out. 2016.

### 3. ÔNUS PROBATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Precedentemente ao estudo do ônus probatório no ordenamento jurídico brasileiro, é indispensável traçar sucintos apontamentos acerca de outros aspectos da Teoria Geral da Prova, possibilitando a melhor compreensão do instituto pesquisado.

De pronto, é necessário esclarecer que o julgamento justo da lide exige a busca pela verdade no âmbito processual, o que pode ser feito pelo julgador por duas sistemáticas distintas. Na primeira delas, adotada no Processo Civil, busca-se a verdade formal, que é aquela resultante dos elementos contidos nos autos, ainda que não condizentes de modo preciso com a realidade; já na segunda, adotada nos Processos Penal e Administrativo, busca-se a verdade real ou material, que corresponde exatamente ao histórico dos fatos.

Veja-se que meras alegações não são suficientes para fundamentar o julgamento da lide instaurada no processo. É preciso comprovar o que se alega em juízo, o que se faz por meio da produção probatória, que nada mais é do que instrumento colocado à disposição das partes para demonstrar a veracidade de suas alegações e, conseqüentemente, influenciar no convencimento do julgador.

Diante de sua função no direito processual, entende-se que a prova é direito conferido às partes no processo, como decorrência das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, previstas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988.

Ainda nesse mesmo sentido, o art. 369 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), por exemplo, confere aos sujeitos no processo o direito de empregar todos os meios legais e legítimos para provar a verdade dos fatos que embasaram seu pedido ou defesa, influenciando o convencimento do juiz.

No âmbito judicial, a compreensão da prova pode se dar de acordo com seu aspecto objetivo, segundo o qual ela é o meio de demonstrar no processo a existência de determinado fato jurídico ou meio de dar conhecimento ao juiz acerca da verdade dos fatos tratados nos autos, bem como por seu aspecto subjetivo, de acordo com o qual ela é o meio usado para influenciar a convicção do juiz sobre a verdade dos fatos discutidos na lide.

Desde logo, faz-se necessário esclarecer que só há necessidade de produção probatória em situações de controvérsia sobre a ocorrência de determinado fato, tendo em

vista que os fatos incontroversos, confessados, notórios e não impugnados pela parte contrária dispensam prova no processo.

Ao delimitar o conceito do instituto e sua relevância para o direito processual, Cândido Rangel Dinamarco brilhantemente ensina que

*Prova é demonstração e provar é demonstrar.* Como o juiz julgará a causa de um modo se certos fatos tiverem ocorrido e de modo oposto se não ocorreram, para julgar é preciso saber se ocorreram ou não. Por isso e dada a institucionalizada ignorância do juiz quanto aos fatos relevantes para o julgamento, é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará. Essa representação é o *conhecimento da realidade fática e esses meios, em conjunto, compõe a instrução probatória.* O resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o *conhecimento dos fatos e consequente firmeza para proferir a decisão.* Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um *conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.*<sup>43</sup>

Na doutrina, costuma-se classificar a prova em diversas categorias, cuja análise em maiores detalhes foge ao escopo da presente pesquisa, razão pela qual, apenas para conhecimento, as categorias probatórias serão brevemente mencionadas a seguir.

Na classificação das provas, é possível adotar quatro critérios distintos, do qual decorrem algumas espécies: (i) quanto ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real; (ii) quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta; (iii) quanto à forma, a prova pode ser testemunhal, documental ou material; e (iv) quanto ao momento de formação, a prova pode ser causal ou pré-constituída.

Independentemente da espécie probatória em análise, sua produção, apresentação e valoração em juízo impõe a observância de diversos princípios, sendo alguns deles aplicáveis ao processo genericamente, enquanto outros tratam especificamente das provas. Sem qualquer pretensão de se esgotar o tema, toma-se por base os princípios a seguir elencados, pois de maior relevância teórica e prática.

Dentre os que encontram previsão na Constituição Federal de 1988, cita-se, em primeiro, o importante princípio da vedação do uso de provas ilícitas, previsto no art. 5º, inciso LVI, do qual se extrai a premissa básica de que provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo, embora tal regra possa, ainda que esporadicamente, ser

---

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Editora Malheiros: São Paulo, 2009. p. 42.

excepcionada por situações nas quais se faça necessária ponderação de valores em conflito. Em segundo, cita-se o princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, que implica o entendimento de que o direito à produção probatória é dele decorrente. Também se encontra no mesmo art. 5º, inciso LV, a previsão legal do terceiro princípio, que é o contraditório, de acordo com o qual a parte tem o direito de se manifestar nos autos a respeito da prova produzida pela outra.

No âmbito infraconstitucional, cita-se em quarto lugar o princípio da não surpresa, decorrente dos arts. 319, inciso VI e 336, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), segundo os quais deve ser dada prévia ciência à parte contrária a respeito das provas que se pretende produzir em juízo. Em quinto, encontra-se o princípio da atipicidade dos meios de prova, previsto no art. 369 do mesmo Código, que garante às partes o direito a produção probatória e o uso tanto dos meios de prova expressamente previstos em lei, quanto daqueles não especificados para fins de impacto na convicção do juiz.

Por fim, os três últimos princípios probatórios decorrem da interpretação do art. 371 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). De acordo com o princípio da comunhão da prova, o juiz deve apreciá-la independentemente de quem a produziu, já que seu resultado pertence ao próprio processo. Em sentido similar, o princípio da unidade da prova faz com que a análise feita pelo juiz seja do conjunto probatório como um todo unitário. Em último, cita-se o princípio do livre convencimento do juiz, de acordo com o qual o julgador é livre na apreciação do conjunto probatório na formação de seu convencimento, desde que o faça fundamentadamente.

Ainda no que tange especificamente à prova judicial, é preciso tecer importantes apontamentos sobre seu objeto, função, destinatários, iniciativa e momento processual.

Considera-se objeto da prova os próprios fatos sobre os quais versa a lide, ou seja, a temática que, não sendo de direito, serviu de fundamento à ação e à defesa. Neste ponto, vale frisar que, excepcionalmente, admite-se a prova de direito, como ocorre, por exemplo, quando uma das partes busca a aplicação de normas de direito estrangeiro.

Entretanto, não são todos os fatos da causa que exigem produção probatória. Como bem apontado por José Eduardo Alvim em sua obra, apenas os fatos controvertidos, relevantes e determinados é que carecem de prova; os fatos incontroversos, evidentes, impertinentes, irrelevantes, impossíveis, indeterminados, notórios e aqueles possíveis com



prova impossível dispensam a produção probatória, seja por expressa disposição legal, seja em decorrência da própria natureza fática.<sup>44</sup> Ressalta-se apenas que, no âmbito do Processo Penal, não carecem de prova os fatos incontroversos.

Sobre os fatos negativos, o mesmo autor afirma que “[...] entende-se pela possibilidade da prova de fato negativo, como ocorre quando o autor fundamenta seu pedido justamente em fato negativo” e que “[...] será impossível a prova de fato negativo apenas quando resultar de negativa indefinida ou indeterminada”.<sup>45</sup>

Como adiantado, a função da prova é justamente a formação da convicção do juiz a respeito da veracidade dos fatos que foram alegados pelas partes no processo. Entende-se por provado determinado fato quando o julgador se convence da certeza de sua existência.

Tendo por enfoque o seu destinatário, considera-se que a prova é produzida ao juiz, como destinatário direto, e as próprias partes, como destinatários indiretos. A iniciativa para requerer a prova, contudo, é mais abrangente, sendo conferida às partes, terceiros intervenientes, Ministério Público e ao próprio juiz.

No curso da instrução da causa, observa-se a existência de três momentos probatórios distintos. Primeiramente, a prova é proposta por quem detém a iniciativa para fazê-lo, como visto acima. Requerida a prova, passa-se à sua admissão, oportunidade em que o juiz admite a produção das provas tidas como pertinentes e, como lhe permite o art. 370, parágrafo único do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), indefere as manifestamente inúteis ou protelatórias. Se admitida pelo julgador, a prova será produzida nos autos, ato este que comporta participação tanto das partes quanto do próprio juiz.

Encerrada a fase instrutória, o juiz prosseguirá com a valoração do conjunto probatório, momento em que analisará os elementos colhidos para a apuração da veracidade dos fatos alegados pelas partes e formará seu convencimento. Por ora, mostra-se pertinente pontuar que a valoração da prova pode se dar por três sistemas distintos.

No primeiro deles, conhecido como Sistema Positivo, o julgador se limita a verificar se os fatos alegados pelas partes foram ou não provados de acordo com a lei, independentemente de seu convencimento.

---

<sup>44</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. cap. 13.

<sup>45</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. cap. 13.

Apesar de não ser a modalidade atualmente adotada no ordenamento jurídico brasileiro, verificam-se resquícios de sua utilização ainda que em dispositivos esparsos, como, por exemplo, no art. 406 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), segundo o qual nenhuma outra prova pode suprir a falta do instrumento público se este for exigido por lei como substância do ato.

Em contrapartida, no segundo deles, conhecido como Sistema de Íntima Convicção, permite-se que o juiz julgue o feito de acordo com seu convencimento, independentemente de eventual incompatibilidade com as provas produzidas pelas partes. Novamente, apesar de não ser a modalidade atualmente adotada, há resquícios de sua utilização, por exemplo, na sistemática do Tribunal do Júri.

Situando-se intermediariamente entre os demais sistemas, o terceiro deles, conhecido como Sistema da Persuasão Racional, possibilita ao juiz, após apreciar os elementos probatórios, julgar a lide que lhe é apresentada de acordo com a sua livre convicção, desde que o faça por decisão fundamentada. Da própria verificação do teor dos arts. 11 e 371 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), nota-se que esta é a atual sistemática que orienta todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Feitas estas breves considerações acerca da Teoria Geral da Prova, passa-se a analisar os aspectos gerais do ônus da prova, que será retomado em momentos posteriores com outros enfoques.

Em termos claros, o ônus da prova corresponde ao dever conferido às partes de provar ou de fornecer prova acerca dos fatos por elas alegados no curso do processo, com o intuito de formar a convicção do juiz, que é o destinatário mediato da produção probatória. É evidente o interesse das partes em cumprirem com tal encargo, já que, se não o fizerem, vão suportar posição desvantajosa no processo.

Contudo, a análise do ônus da prova só se faz relevante nas situações em que a parte a quem incumbia o encargo de provar ou fornecer prova não o fez, tendo em vista que, se as provas forem produzidas adequadamente, o juiz prossegue com o juízo de valoração de todo o conjunto probatório, independentemente de quem a produziu.

Neste mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam, sobre a aplicação das regras do ônus da prova, que

O juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regra relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver a prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.<sup>46</sup>

Para verificar a qual dos litigantes compete tal encargo, é preciso considerar os critérios de distribuição do ônus da prova, que são de ordem subjetiva ou formal e de ordem objetiva ou material, tendo ambos sido incorporados na processualística brasileira.<sup>47</sup>

Tomando por base o critério subjetivo, entende-se que o ônus da prova cabe à parte que tenha interesse jurídico na sua produção. Na prática, trata-se de critério que pode gerar certa confusão na apuração da distribuição do ônus probatório, tendo em vista que autor e réu possuem, igualmente, interesse jurídico na produção da prova, já que o autor tem interesse em provar os fatos que servem de fundamento à sua pretensão e, por outro lado, o réu tem interesse em provar em sua defesa os fatos que prejudicam a pretensão do autor.

Por exemplo, verifica-se a aplicação prática desse aspecto do ônus probatório no art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), segundo o qual o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu quanto à existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Por outro lado, de acordo com o critério objetivo, o ônus da prova decorre do alcance jurídico das circunstâncias que servem como fundamento à pretensão da ação e à defesa, isto é, aquelas relevantes ao nascimento, modificação e extinção da relação jurídica na qual se originou a lide. Assim, ao proferir seu julgamento, o juiz leva em conta todos os fatos provados no curso do processo e seu impacto na discussão jurídica travada, sendo irrelevante apurar qual das partes produziu determinada prova.

Também a título exemplificativo, observa-se que tal aspecto foi claramente consagrado no art. 371 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), de acordo com o qual cabe ao juiz apreciar a prova que se encontra nos autos, independentemente de qual parte a trouxe ao seu conhecimento.

---

<sup>46</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 994.

<sup>47</sup> BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, on-line, v. 57, 1962, p. 28. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

Especificamente acerca destes aspectos que circundam o ônus probatório, Alfredo Buzaid brilhantemente ensina que há duas facetas a serem consideradas, sendo

[...] uma voltada para os litigantes indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto *subjetivo*; e outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto *objetivo*. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente veiculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos., porque não provados cumpridamente.<sup>48</sup>

De qualquer modo, ocupando a posição de sujeito na relação jurídico-processual, independentemente de figurarem no polo ativo ou passivo da lide, autor e réu possuem interesse em provar o que alegam, incumbindo-se o ônus probatório à parte que afirmar ou contestar algo juridicamente relevante nos autos.

Finalmente, cumpre mencionar que, de acordo com a lição de Fernando Antônio Negreiros Lima, mostra-se equivocado o entendimento de que o ônus da prova incumbe sempre ao autor da ação judicial, tendo em vista que

Na distribuição desse encargo – desse *peso*, como indica o vocábulo latino *onus* –, é costume afirmar-se que a prova dos fatos cabe ao autor. Mas, é preciso ter cautela quanto a esse entendimento, sobretudo quando se queria justificá-lo com fundamento em conhecido adágio latino, de acordo com o qual *ei incumbit probatio, qui dicit, on qui negat* (a prova incumbe àquele que diz, não ao que nega).

Não é esse, de fato, o significado da regra romana, nem daí é possível extrair a apressada conclusão de que apenas ao autor caiba, sempre e em qualquer circunstância, o ônus de produzir a prova. A análise dos textos latinos pertinentes ao tema demonstra que a regra em questão significa que a necessidade de provar incumbe a quem age (*quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*). Ora, também o réu age, em sentido processual, ao se defender (*réus in exceptione actor est*). Assim, a mera afirmação de que o ônus da prova compete ao autor encerra uma simplificação equivocada e perigosa.<sup>49</sup>

### 3.1 CONCEITO

Antes de avançar no estudo do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, dando especial enfoque à sua aplicação prática em diferentes ramificações do direito, mostra-se indispensável conceituar, em precisos termos doutrinários, o instituto do *onus probandi*,

<sup>48</sup> BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, on-line, v. 57, 1962, p. 18. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

<sup>49</sup> LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 662/663.

que se encontra intimamente conectado à atividade das partes quando invocam a prestação jurisdicional. Para tanto, vale-se do conceito traçado por Cândido Rangel Dinamarco em sua obra, de acordo com o qual

*Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. [...] Para o processo civil dispositivo, assim como o fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente (allegatio et non probatio quase non allegatio). Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autêntico ônus, ou imperativo do próprio interesse. Ônus significa peso e não é por acaso que na lei e na doutrina dos alemães diz-se peso da prova (Beweislast).<sup>50</sup>*

No mesmo sentido, afirma Fernando Negreiros Lima que

*O ônus da prova (ônus probandi) é o encargo, atribuído às partes por lei, ou, excepcionalmente, pelo juiz, de comprovar os fatos alegados como condição de um pronunciamento jurisdicional favorável quanto ao mérito. Doutrinariamente, distinguem-se o ônus da prova objetivo e o ônus da prova subjetivo. Entendido, em seu aspecto objetivo, o ônus da prova diz respeito à definição sobre se os riscos da não produção da prova devem ser assumidos pelo autor ou pelo réu; do ponto de vista subjetivo, o ônus da prova significa a especificação da parte a quem compete provar os fatos.<sup>51</sup>*

Do exposto, conclui-se que o ônus probatório nada mais é do que o encargo que recai sobre as partes, isto é, autor e réu, de comprovar nos autos os fatos utilizados como fundamentos de suas alegações. Em regra, sua distribuição decorre da lei e, excepcionalmente, é designada de modo diverso pelo próprio juiz da causa.

Novamente, não se pode olvidar que a pertinência do estudo do ônus da prova só toma proporções relevantes nas ocasiões em que uma das partes deixa de provar suas alegações quando, na realidade, a ela se incumbia o ônus probatório.

De resto, é relevante destacar que o ônus da prova é um encargo, e não uma obrigação imposta às partes, já que a sua satisfação é de interesse, principalmente, do próprio onerado. No que tange tal diferenciação, ensina Alfredo Buzaid que

*[...] Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é pôsto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interêsse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal,*

<sup>50</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Editora Malheiros: São Paulo, 2009. p. 70.

<sup>51</sup> LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 662.

consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é impôsto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio. Correlativa à idéia de ônus está, portanto, a idéia de risco, não a idéia de subordinação ou sujeição.<sup>52</sup>

### 3.2 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

No campo do Direito Processual Civil, admite-se a distribuição do ônus probatório tanto em sua modalidade estática, quanto em sua modalidade dinâmica, já que ambas foram consagradas pelo art. 373 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015).

Como regra, adota-se a modalidade estática de distribuição do ônus da prova, de acordo com a qual sempre compete ao autor o encargo de fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), ao passo que ao réu se incumbe o encargo de provar suas alegações quanto aos fatos que possam impedir, modificar ou extinguir o direito do autor, conforme determina o inciso II do mesmo dispositivo legal.

Por óbvio, é do interesse do autor da demanda judicial provar os fatos que fundamentam sua pretensão jurídica, influenciando na construção da convicção do julgador. Em contrapartida, de nada adianta ao réu limitar-se a alegar novos fatos; para que consiga resistir satisfatoriamente à pretensão do autor, ele também tem interesse em provar os fatos que podem, de alguma forma, impactar na fundamentação trazida pelo autor.

Em caráter excepcional, o § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015) permite a aplicação da modalidade dinâmica de distribuição do ônus da prova, segundo a qual o juiz poderá, mediante decisão fundamentada, distribuir o ônus da prova de modo diverso, situação em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Entretanto, sua aplicação está restrita às situações previstas em lei ou nas quais se verifique, diante das circunstâncias do caso concreto, impossibilidade ou excessiva dificuldade de se cumprir o encargo probatório nos termos do art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), ou maior facilidade de obtenção da prova de

---

<sup>52</sup> BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, on-line, v. 57, 1962, p. 14/15. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

fato contrário por uma das partes, já que detentora de conhecimentos técnicos ou específicos sobre os fatos a serem provados.

Ainda, deve-se observar também que o § 2º do art. 373 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015) determina que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova pelo juiz da causa não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo probatório pela parte à qual foi designado seja impossível ou excessivamente difícil.

Também se admite, na jurisdição civil, que as próprias partes convençionem regras diversas daquelas previstas em lei acerca da distribuição do ônus probatório, desde que se trate de direito disponível e que sua aplicação não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, conforme prevê o art. 373, § 3º, incisos I e II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015).

Tal possibilidade não se estende às relações de consumo, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), em seu art. 51, inciso VI, considera como abusiva a cláusula contratual que estabeleça a inversão do ônus probatório em prejuízo ao consumidor, o que acarreta sua nulidade.

Ainda no âmbito consumerista, é oportuno pontuar que se permite a inversão da distribuição do ônus da prova nas relações de consumo, com o intuito de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, que se encontra em condição notória de hipossuficiência, conforme previsto pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Como regra, a inversão da distribuição do ônus probatório nas relações de consumo decorre de decisão judicial, que é embasada na verificação da verossimilhança das alegações do consumidor ou da sua condição de hipossuficiente. Porém, em circunstâncias excepcionais, a inversão do ônus da prova é determinada por lei, a exemplo do que faz o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que determina o encargo probatório à parte que patrocinou a divulgação publicitária acerca da sua veracidade, correção de informação ou comunicação.

Para que não restem dúvidas acerca da inversão do ônus da prova, cita-se trecho da obra de Cândido Rangel Dinamarco, no qual se explica que

São inversões do ônus da prova as *alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei*. O mesmo poder que legitima a edição de normas destinadas à distribuição do ônus da prova legitima também as exceções queridas ou permitidas pelo legislador.

Segundo provenham estas da própria lei, ou da vontade das partes ou decisão do juiz por autorização legal, essas inversões serão *legais, convencionais* ou *judiciais*. As inversões legais são determinadas pelas presunções relativas instituídas em lei (*proesumptiones legis*); as judiciais, pelas presunções criadas nos julgamentos dos juízes (*proesumptiones hominis*) ou por determinação direta destes, quando autorizada em lei (relações de consumo); as convencionais, pela vontade convergente das partes.<sup>53</sup>

No que tange à iniciativa da prova no Direito Processual Civil, são as próprias partes que, em regra, devem requerer a produção das provas que lhe interessam e que são pertinentes à solução da lide, cabendo ao juiz apenas o seu indeferimento ou deferimento e processamento, levando em conta o que ficar demonstrado nos autos na ocasião em que for julgar a lide.

Contudo, como bem pontua Cândido Rangel Dinamarco, a processualística civil moderna reconhece situações em que se impõe ao juiz uma atuação ativista quanto à instrução probatória, tais quais a necessidade de garantia da igualdade entre os litigantes, da dignidade da jurisdição e da indisponibilidade de direitos e relações jurídicas.<sup>54</sup>

Finalmente, não há regra específica determinando o momento ideal para de distribuir o ônus da prova ou a sua inversão. Entende-se que, como se trata de regra de julgamento, o juiz deve fazê-lo quando prolatar a sentença, oportunidade em que levará em consideração se a parte a qual incumbia o ônus probatório dele se desincumbiu satisfatoriamente ou não; porém, estando diante da inversão do ônus da prova por decisão do juiz, ele poderá fazê-lo previamente à sentença, em decisão fundamentada, possibilitando à parte se desincumbir do encargo antes do julgamento da causa.

### **3.3 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

No campo do Direito Processual Penal, a distribuição do ônus probatório é disciplinado de forma própria no Título VII do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941), que, embora não implique em grandes diferenças no que tange à distribuição do encargo probatório no juízo cível, acarreta consequências jurídicas que lhe são peculiares.

Inaugurando à temática probatória, o art. 155 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941), à semelhança do que ocorre na jurisdição cível, confere liberdade ao juiz na apreciação das provas para formação de sua convicção. Contudo, veda ao julgador

---

<sup>53</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Editora Malheiros: São Paulo, 2009. p. 75/76.

<sup>54</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Editora Malheiros: São Paulo, 2009. p. 56.



fundamentar sua decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos no curso da investigação, com exceção das provas cautelares, das não repetíveis e das antecipadas.

Outra relevante regra à qual se faz menção é aquela contida no art. 157 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941), que dispõe expressamente sobre a inadmissibilidade do uso de provas ilícitas, isto é, de provas cuja obtenção se deu em violação às normas constitucionais ou legais, determinando seu desentranhamento do processo.

Especificamente acerca da distribuição do ônus da prova, o art. 156 do mesmo Código determina o encargo probatório das alegações à parte que as fizer. Porém, em seus incisos I e II facultam ao juiz, de ofício, ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes mesmo que antes de iniciada a ação penal, bem como determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, durante a instrução ou antes de proferir sentença.

Em esclarecimento aos encargos atribuídos à acusação e à defesa no processo criminal, Fernando Antônio Negreiros Lima explica em sua obra que

[...] À acusação impõe-se a prova da materialidade do ilícito penal, de sua autoria e das circunstâncias qualificadoras e agravantes. Cabe à defesa, por outro lado, a prova de quaisquer circunstâncias que excluam a antijuridicidade do fato, a culpabilidade e a punibilidade do agente, assim como de eventuais causas que atenuem a pena ou que tornem o ilícito privilegiado.<sup>55</sup>

Como consequência do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o réu deverá ser necessariamente absolvido caso a acusação não seja bem sucedida na prova de suas alegações.

No mais, ao oposto do que ocorre na jurisdição civil, é inadmissível a inversão da distribuição do ônus probatório, devendo-se atender, necessariamente, às regras previstas em lei a respeito da produção probatória, que são consideradas normas de ordem pública em razão da natureza dos direitos discutidos na processualística penal.

### **3.4 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO**

No campo do Direito Processual Administrativo, por falta de previsão específica em lei federal, aplicam-se à distribuição do ônus da prova as regras procedimentais previstas

---

<sup>55</sup> LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 668.

na Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), que é a responsável por disciplinar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e as disposições dos arts. 400 a 563 do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941).

Por ser perseguida a verdade real ou material nos processos administrativos, permite-se a própria autoridade administrativa, como representante do poder estatal, assumir a iniciativa da produção probatória, determinando a realização daquelas que lhe pareçam úteis para a formação de seu juízo de convicção. Como ocorre no âmbito cível e penal, também lhe são conferidos poderes para proferir decisão indeferindo as provas inúteis, desnecessárias e protelatórias, desde que devidamente fundamentadas.

Neste sentido, o art. 29 da Lei nº 9.784/1999 prevê expressamente que as atividades de instrução no processo administrativo realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão por ele responsável, sem prejuízo do próprio direito dos interessados em sugerir meios de produção probatória.

Trata-se da distribuição do ônus da prova no art. 36, *caput*, da mesma Lei, no qual se impõe a regra de que o encargo probatório das alegações recai sobre quem as faz, sem prejuízo do dever de perseguir a prova que é atribuído ao próprio órgão competente da Administração Pública, como decorrência do princípio da oficialidade.

Inclusive, como bem apontado por Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “[...] o *onus probandi* do ilícito recai sobre a Administração, uma vez que a imposição de sanção só é constitucionalmente admitida mediante observância do devido processo legal”.<sup>56</sup>

Ainda, o art. 37 da Lei nº 9.784/1999 impõe ao órgão público o dever de fornecer, de ofício, a obtenção de documentos e cópias no curso da instrução probatória quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados na própria Administração Pública. Disto, compreende-se que o Poder Público não só não deve bloquear o acesso do particular a fatos e documentos de seus interesses, como também deve colaborar com este.

Na fase instrutória e antes da tomada de decisões, também se possibilita ao interessado juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias e aduzir suas alegações a respeito da matéria objeto do processo, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.784/1999.

---

<sup>56</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 205.

No processo administrativo, como bem destaca Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, a prova, ainda que tardia, deve ser considerada positivamente se contribuir com a busca da verdade real e, conseqüentemente, com a realização da justiça. Eventual indeferimento deve ser comunicado ainda durante a fase instrutória, viabilizando impugnação tempestiva e útil.<sup>57</sup>

Por fim, o art. 47 da Lei nº 9.784/1999 prevê que se o órgão que procedeu à instrução não for o competente para emitir a decisão final, ele deverá elaborar relatório com indicação do pedido inicial e do conteúdo das fases de procedimento, bem como formular proposta de decisão fundamentada e, por fim, encaminhar o processo à respectiva autoridade competente.

---

<sup>57</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 210.

#### **4. ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Como já esclarecido em outra ocasião, a prova desenvolve papel de suma importância nas demandas judiciais, já que contribui para a formação do convencimento do julgador, que, além de ser o principal destinatário da produção probatória, possui especial interesse em esclarecer a verdade acerca dos fatos tratados na lide.

A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro corresponde ao quanto disposto no art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), segundo o qual as partes têm o encargo de provar nos autos suas alegações, com a finalidade de impactar na formação da convicção do juiz, sob pena de se ver em situação processualmente desfavorável; enquanto ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito, ao réu incumbe-se a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor alegados em sua defesa.

Em situações excepcionais, nas quais se constata hipossuficiência técnica ou verossimilhança das alegações, admite-se, em caráter subsidiário, a inversão do ônus probatório em favor do autor, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

No que tange às ações de improbidade administrativa, a articulação do ônus probatório e, em especial, a possibilidade de sua inversão, ainda gera acaloradas discussões, mesmo após mais de vinte anos de vigência da Lei nº 8.429/1992.

Previamente à análise específica da articulação do instituto, é preciso considerar que a ação de improbidade administrativa, além de possibilitar a reparação pecuniária do patrimônio público, tem como principal finalidade punir agentes públicos e particulares envolvidos na prática do ato ímprobo por meio da aplicação das sanções elencadas no art. 12 da legislação supramencionada, garantindo a proteção à moralidade administrativa.

Exatamente por ter como objeto o resguardo de direito difuso, coletivo e indivisível, a ação de improbidade administrativa integra o microssistema coletivo, afirmação que toma contornos significativos no âmbito probatório em razão do quanto previsto no art. 21 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que determina a aplicação dos dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), no que couber, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.

Em que pese o art. 6º, inciso VIII, do diploma consumerista, que prevê a possibilidade de inversão do ônus probatório, não faça parte do Título III, entende-se comumente pela sua aplicação adjetiva ao microssistema coletivo por tratar-se de norma de cunho processual, o que abre margens para frequentes questionamentos a respeito da sua aplicação também à temática da improbidade administrativa.

A polêmica quanto à sua incidência decorre do fato de que a ação de improbidade administrativa, componente do Direito Administrativo Sancionador, é dotada de diversas características *sui generis*, que a aproxima das ações penais, como, por exemplo, o fato de que ela também é pautada pelo princípio da presunção de inocência, garantido pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, e de se exigir a individualização das condutas de cada um dos que figuram no seu polo passivo.

Em momento algum se pode esquecer que se trata de ação judicial de caráter eminentemente sancionatório e que, se bem sucedida, acarreta na aplicação das severas sanções previstas no art. 12 da Lei ° 8.429/1992, motivo pelo qual, como bem pontuado por Fernando Dodorico Pereira e José Marcelo Vigliar, exige-se cautelosa instrução probatória, que “[...] deve ser deflagrada em cognição exauriente, e tal exigência se dá para que se conclua, de forma indene de dúvidas, a verificação da presença ou não dos denominados elementos subjetivos das condutas”.<sup>58</sup>

Assim, como decorrência lógica de suas peculiaridades, nota-se que a articulação do ônus probatório e, em especial, a possibilidade de sua inversão, assume contornos distintos nas ações de improbidade administrativa com relação às demais ações que compõe o microssistema coletivo, que serão desenvolvidos em maiores detalhes mais adiante.

Finalmente, antes de se avançar no estudo da articulação do ônus probatório, é oportuno mencionar que, nas ações de improbidade administrativa, os princípios constitucionais da duração razoável e da celeridade processual também devem ser observados com maior atenção, em especial na fase instrutória, tendo em vista que a demora na efetivação jurisdicional favorece a impunidade do ato ímprobo.

---

<sup>58</sup> PEREIRA, Fernando Dodorico. VIGLIAR, José Marcelo. *Efetivação Imediata de Sanções por Improbidade Pode Gerar Dano Irreparável*. Consultor Jurídico, on-line, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-15/efetivacao-imediate-sancao-improbidade-gerar-dano>> . Acesso em: 31 out. 2016.

Por isso, mostra-se mais vantajoso, eficiente e ágil o uso das provas documentais para fins de instrução das ações de improbidade administrativa, submetidas ao devido processo legal e ao contraditório, em detrimento das provas testemunhais, cuja utilização fica afetada por sua falta de credibilidade e pela própria morosidade em sua produção.

#### **4.1 ARTICULAÇÃO DO INSTITUTO**

Para que se entenda adequadamente a articulação do instituto do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa, é preciso tecer breves considerações acerca desta espécie de demanda judicial, que acabam por afetar a distribuição do encargo probatório.

Inicialmente, cumpre pontuar que a ação de improbidade administrativa é de natureza dúplice, isto é, composta por viés predominantemente punitivo, mas, eventualmente, expõe sua faceta ressarcitória. Apesar de não se confundir com as ações penais propriamente ditas, com elas guarda núcleo comum, originário da manifestação do poder punitivo do Estado, inserindo-se no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

É exatamente em razão do seu caráter punitivo que se faz necessário, para a aplicação das sanções contidas na Lei nº 8.429/1992, a observância de princípios típicos da processualística penal, tais quais: (i) presunção de inocência (*in dubio pro reo*); (ii) tipicidade da conduta punível; (iii) culpabilidade; (iv) pessoalidade e individualização das sanções a serem aplicadas a cada um dos acusados; e (v) vedação da responsabilidade objetiva, solidária ou por fato de outrem.

Além da estrita observância dos princípios acima elencados, a declaração do ato ímprobo e a aplicação da sua punição devem ser antecedidas pelo cumprimento dos princípios constitucionais inerentes a todas as demandas judiciais, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, liberdade e igualdade.

Em razão de tal arcabouço principiológico, as ações de improbidade administrativa fundamentam-se, necessariamente, em mecanismos de responsabilização subjetiva dos acusados, sendo preciso apurar a ocorrência de dolo ou culpa nas condutas que caracterizam a prática do ato ímprobo, isto é, a intenção de cada um deles. Sobre o tema, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma, com propriedade, que

À luz da tipologia de atos ímprobos definidos pela LIA nos seus arts. 9º, 10 e 11 (pela ordem: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado contra os princípios da Administração Pública) e exemplificados casuisticamente

por meio dos respectivos incisos, a presença do elemento subjetivo é sempre necessária.<sup>59</sup>

Conforme mencionado anteriormente, para fins de verificação da prática dos atos de improbidade administrativa nas modalidades previstas nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, exige-se demonstração do dolo na conduta daquele acusado da prática do ato ímprobo. Já para a prática dos atos previstos na modalidade do art. 10 da mesma Lei, admite-se tanto a demonstração do dolo, quanto da culpa.

Mesmo diante da expressa previsão legal acerca da admissibilidade da conduta culposa para os atos de improbidade administrativa que geram prejuízo ao erário, entende-se que não basta a mera verificação da culpa simples; a conduta culposa deve ser dotada de especial gravidade, na qual seja evidente a má-fé e a desonestidade daquele que a praticou em detrimento da Administração Pública.

Neste sentido, já se posicionou a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar, em março de 2010, o Recurso Especial nº 997.564 – SP 2007/0240143-1, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, firmando-se o entendimento de que a apuração do elemento subjetivo na conduta do agente público e de terceiros é essencial à caracterização do ato de improbidade administrativa, não sendo suficiente a mera irregularidade ou ilegalidade do ato. Ainda, posicionou-se também no sentido de ser preciso provar a ocorrência de lesão ao patrimônio público para que se fale em prejuízo ao erário, não se admitindo ressarcimento de danos hipotéticos ou presumidos.

Especificamente quanto os particulares, que podem ser sujeitos passivos das ações de improbidade administrativa na qualidade de terceiros que induzem ou prestam auxílio ao agente público na prática do ato ímprobo ou que se beneficiam do produto ilícito, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/1992, entende-se pela necessidade de prova em juízo do conluio ou da má-fé daqueles em contato com o Poder Público.

Com efeito, somente se fala na responsabilização do particular, na condição de terceiro, por ato de improbidade administrativa se, concomitantemente: (i) o agente público for condenado pela prática do ato ímprobo, não se admitindo a aplicação da Lei nº 8.429/1992 sem a presença do agente público; (ii) ele concorreu para a prática do ato ímprobo ou dele se

---

<sup>59</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 362.

beneficiou dolosamente; e (iii) verificada a presença do elemento subjetivo em sua conduta, correspondente ao conluio, má-fé e desonestidade.

A respeito, oportuno citar entendimento firmado no julgamento de Agravo Regimental no Recurso Especial nº 332.956 – SP 2001/0086249-7, em novembro de 2002, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, de acordo com o qual não pode ser imposto aos particulares o dever de fiscalizar as condutas do Poder Público.

Sobre a incidência de presunções nas ações de improbidade administrativa, bem observa Paulo Henrique dos Santos Lucon em sua obra que não se admitem presunções absolutas, sob o risco de serem feridos os princípios da culpabilidade e da tipicidade dos fatos ilícitos. Na mesma linha, também devem ser evitadas as presunções mistas, já que elas acabam por afetar o direito do acusado à prova.<sup>60</sup>

Por óbvio, a admissibilidade de presunções nas ações de improbidade administrativa é incompatível com o padrão de articulação do ônus probatório por elas exigido, razão pela qual seu uso deve evitado ao máximo e permanecer restrito a ocasiões específicas, como, por exemplo, na concessão de tutelas de urgência.

Além do mais, é relevante destacar que, também em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, não se aplicam aos réus nas ações de improbidade administrativa os efeitos da revelia, previsto no art. 334 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o que significa que a falta de contestação ou a contestação por negativa geral não eximem o autor de cumprir com seu encargo probatório.

Feitas tais considerações, pode-se afirmar com segurança que as ações de improbidade administrativa seguem a regra geral de ônus probatório consagrada no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, de acordo com a qual incumbe ao próprio autor da demanda judicial o encargo de provar os fatos constitutivos que fundamentam o pleito sancionatório por ele formulado.

Para o adequado atendimento ao ônus da prova que lhe é incumbido, entende-se que o sujeito ativo da ação de improbidade administrativa deve satisfatoriamente comprovar

---

<sup>60</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 369.



nos autos a ocorrência do ato ilícito, o elemento subjetivo das condutas dos réus, o dano causado e, por óbvio, o nexos causal existente entre os atos ímprobos tidos como ímprobos e o resultado danoso experimentado pela Administração Pública.

Na jurisprudência, é relevante citar que não há unanimidade na interpretação da temática, já tendo se entendido em determinados julgados, inclusive, pelo pleno uso da noção jurídica inerente ao brocardo *in dubio pro societate* em detrimento do princípio constitucional da presunção de inocência para fins de recebimento e processamento da ação de improbidade administrativa.

A título exemplificativo, cita-se o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.428.945 – MA 2014/0004100-7, em dezembro de 2014, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes, no qual a maioria dos membros da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o posicionamento sustentado pelo Ministro Sérgio Kukina em seu voto, entendeu que a demonstração de indícios razoáveis da prática do ato de improbidade administrativa e sua autoria são suficientes para o processamento da respectiva ação judicial, com o intuito de viabilizar o máximo resguardo do interesse público.

Com respeito ao posicionamento da maioria dos Ministros da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público Federal para reformar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator no Recurso Especial em comento e determinar a continuidade de ação de improbidade administrativa no juízo de origem, é preciso apurar, em juízo crítico, se tal entendimento está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, em especial com o princípio constitucional da presunção de inocência.

A bem da verdade, mostra-se mais adequado o quanto entendido pelo Relator Ministro Napoleão Nunes em seu voto no julgamento ora comentado, que acabou vencido, de acordo com o qual as ações de improbidade administrativa se assemelham às ações penais em razão de seu caráter sancionador, de modo que é imprescindível a averiguação de justa causa para sua propositura.

Por justa causa, entende-se a demonstração de um lastro probatório mínimo que seja apto a comprovar a prática do ato de improbidade administrativa e os indícios de sua autoria, não bastando a mera presença de indícios razoáveis para a propositura e prosseguimento da demanda judicial, devendo o autor cumprir com o ônus probatório que lhe

incumbe. Não havendo provas ou elementos formadores da convicção do julgador, a petição inicial deve ser rejeitada.

Finalmente, em que pese a existência de entendimento diverso na própria jurisprudência brasileira, é forçoso reconhecer que, em razão da gravidade das sanções impostas pela Lei nº 8.429/1992 aos sujeitos passivos da ação de improbidade administrativa, não basta a presença de meros indícios da prática de atos ímprobos e da sua autoria para prosseguimento da demanda judicial; o adequado cumprimento do ônus probatório pelo autor da ação, com demonstração do ato ilícito, elemento subjetivo da conduta dos envolvidos, dano suportado pelo Poder Público e nexos causal é medida impositiva e inafastável.

#### **4.2 POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO**

Muito se discute na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de inversão do ônus probatório nas ações de improbidade administrativa, sendo este um dos pontos mais polêmicos e controvertidos que envolvem a Lei nº 8.429/1992. Parte da razão pela qual existem tantas opiniões conflitantes sobre a temática decorre justamente da ausência de previsão legal expressa a respeito.

Em julho 2009, sem sucesso, tentou-se alterar a Lei nº 8.429/1992 por meio do Projeto de Lei nº 5.581, de autoria do Deputado Fernando Chiarelli (PDT/SP), para incluir expressamente autorização para a inversão do ônus probatório nas hipóteses em que se constatassem indícios de enriquecimento ilícito por parte de autoridade, agente ou servidor público, a eles incumbindo o encargo de comprovar a origem lícita de seu patrimônio.<sup>61</sup>

Apesar de ter sido aprovado por unanimidade pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público em junho de 2010 e remetido à Comissão de Constituição e Justiça em seguida, o Projeto de Lei nº 5.581/2009 acabou sendo arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em janeiro de 2011.

Com efeito, reitera-se que, até o momento, não há qualquer dispositivo legal que, autorizando ou vedando, trate da possibilidade de inversão do ônus probatório nas ações de improbidade administrativa. Naturalmente, diante desta lacuna legislativa, a doutrina divide-

---

<sup>61</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.581/2009. Altera a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que "dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências", a fim de estabelecer a possibilidade de inversão do ônus da prova e tipificar ilícitos penais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=441335>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

se, em síntese, entre autores que defendem a utilização da inversão do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa e aqueles que, ao contrário, entendem pela sua inadmissibilidade.

Por exemplo, Dorival Moreira dos Santos sustenta ser legítima a inversão do ônus probatório para incumbir aos agentes públicos o encargo de comprovar nos autos o atendimento à lei e a moralidade em sua evolução patrimonial nas ações de improbidade administrativa, tendo em vista que é sua obrigação atender ao rol principiológico disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, agir em prol do interesse social e resguardar o patrimônio público.<sup>62</sup>

Para fundamentar seu posicionamento favorável à inversão do ônus probatório, o referido autor também se vale do entendimento de que o art. 21 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que determina a aplicação das normas processuais do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), dentre elas o art. 6º, inciso VIII, para defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, é aplicável ao chamado microsistema coletivo descodificado, composto pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7/347/1985), Lei Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).<sup>63</sup>

Ainda, explicando seu ponto de vista, afirma o autor em comentário que

Nas ações de improbidade administrativa, dois elementos são justificadores da inversão probatória: a melhor condição do sujeito passivo em comprovar a licitude de seus atos, pois tem em sua posse os documentos necessários e a hipossuficiência processual dos legitimados, que agem em nome da coletividade.<sup>64</sup>

Consequentemente, desde que haja verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, Dorival Moreira dos Santos defende ser possível que juiz determine a inversão do ônus probatório, em prol da defesa da moralidade administrativa e da verdade dos fatos, incumbindo aos réus o encargo de desconstituir o direito do autor, com fundamento no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e do art. 21 da

---

<sup>62</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 61/62.

<sup>63</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 61.

<sup>64</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 62.

Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), desde que o faça em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Inclusive, vale a pena mencionar que o autor retromencionado vai além da mera admissibilidade da inversão do ônus da prova; atribuindo-lhe característica de norma de julgamento, e não apenas de instrução processual, ele entende que o agente público deverá responder objetivamente pelos danos causados ao erário caso não comprove a legalidade de sua conduta.<sup>65</sup>

Especificamente acerca da responsabilização objetiva dos réus nas ações de improbidade administrativa, já foi pontuado em diversas outras oportunidades neste estudo que se entende pela sua impossibilidade, sendo indispensável a análise do elemento subjetivo do agente e a apuração de conduta dolosa ou, ao menos, dotada de culpa grave para fins de aplicação da Lei nº 8.429/1992.

Em contrapartida, Paulo Henrique dos Santos Lucon é um dos autores que veementemente repudia a possibilidade de aplicação da inversão do ônus probatório nas ações de improbidade administrativa.

Para tanto, sustenta que o encargo probatório quanto ao fato constitutivo do direito que fundamenta o pedido sancionatório incumbe ao próprio autor da demanda judicial que tem por objeto a prática de atos ímprobos, não só em razão da própria regra geral prevista no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), mas também da própria incidência no ordenamento jurídico do princípio constitucional da presunção de inocência, motivo pelo qual afirma que

Não há como invocar, por isso, uma inversão do encargo de provar, algo que, além de contrariar de forma expressa a norma que rege a matéria (art. 333, CPC\*), implicaria, na maior parte das vezes, a transferência de uma *probatio diabolica* reversa aos réus, que estariam obrigados a produzir uma prova negativa (a de que não concorreram para o ato ímprobo, por exemplo), o que afasta a teoria da dinamização do encargo de provar. Ou seja, não há um tipo presuntivo de alcance geral que beneficie o autor da ação de improbidade, impondo aos acusados o ônus de comprovar a ausência de sua participação no ato de improbidade. Também o dano ao erário não pode ser

---

<sup>65</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 62.

presumido, nem tampouco pode decorrer, *sic et simpliciter*, de simples ilegalidade, sendo necessária a efetiva comprovação do mesmo.<sup>66</sup>

Desta forma, compreendendo a ação de improbidade administrativa como espécie de demanda judicial na qual predomina a natureza sancionatória, passível de implicar restrição de direitos fundamentais aos que nela figurarem como réus, pontua o autor em comentário que o julgador deve formar seu convencimento a partir de análise mais criteriosa e exigente dos elementos probatórios contidos nos autos, à exemplo do que tipicamente ocorre na processualística penal, exigindo-se a prova além da dúvida razoável ou, ao menos, a prova clara e convincente acerca dos indícios da prática do ato ímprobo e sua autoria.<sup>67</sup>

Apesar de refutar a inversão do ônus probatório nas ações de improbidade administrativa, Paulo Henrique dos Santos Lucon explica que o juiz pode utilizar indícios na apreciação probatória sem que haja ofensa à regra geral de distribuição estática da prova, prevista no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.150/2015), em duas situações: (i) quando o ato ímprobo está fundado na evolução patrimonial do agente público no exercício de suas funções sem a devida comprovação da licitude na aquisição de bens; e (ii) quando o agente público pratica ato contrário à recomendações de órgãos técnicos, pareceres jurídicos ou Tribunal de Contas.

Entretanto, como bem destacado pelo autor supramencionado, tal possibilidade não implica a admissibilidade do uso da inversão do ônus probatório. Na realidade, defende que são situações excepcionais, nas quais parte do encargo probatório recai sobre os réus desde que concretamente provado o indício a partir do qual se extrai o fato probando.<sup>68</sup>

Feitas as considerações acima expostas, conclui-se que as ações de improbidade administrativa, apesar de integrarem o microssistema de proteção de direitos coletivos, possuem características peculiares no que tange à articulação do encargo probatório, que decorrem do princípio constitucional da presunção de inocência, da alta gravidade e reprovação social das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992, bem como da exigência de

---

<sup>66</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 367/368.

\* Dispositivo do revogado Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973). Correspondência com o art. 373 do Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.150/2015).

<sup>67</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 370.

<sup>68</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 368.

efetiva demonstração do dolo ou culpa grave nas condutas dos acusados, o que inviabiliza aplicação da inversão do ônus da prova.

### 4.3 ANÁLISE DE JULGADOS SELECIONADOS

Com a crescente propositura de ações judiciais que têm por objeto a prática de atos de improbidade administrativa, cujo trato é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, tem sido cada vez mais significativo o papel desenvolvido pela jurisprudência brasileira na interpretação da temática e, em especial, dos dispositivos da Lei nº 8.429/1992.

Por tal motivo, ocupa-se, nesta fase do presente estudo, em traçar breve análise de emblemáticos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dos quais se extraem importantes apontamentos acerca da articulação do ônus da prova e, inclusive, a possibilidade de sua inversão, nas ações de improbidade administrativa.

Inicia-se este breve estudo jurisprudencial com a análise do importantíssimo Recurso Especial repetitivo nº 1.366.721 – BA 2013/0029548-3, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em fevereiro de 2014 pelo Superior Tribunal de Justiça em regime de repercussão geral (Tema nº 701).

Nele, a maioria dos julgadores, seguindo o voto do Ministro Og Fernandes, posicionou-se no sentido de que é dispensável a demonstração do *periculum in mora* nas ações de improbidade administrativa para fins de aplicação aos réus da medida cautelar de indisponibilidade de bens, já que a proteção ao patrimônio público se trata de verdadeira tutela de evidência.

Desta forma, passou-se a admitir a mera cognição sumária acerca dos indícios da prática do ato de improbidade administrativa, dispensando-se a efetiva demonstração em juízo do risco da prática de atos de dilapidação ou desvio de patrimônio com o intuito de prejudicar futuro ressarcimento do dano ou a devolução de bens.

Respeitado o quanto decidido pelos Ministros, critica-se veementemente tal posicionamento, já que contrário às garantias constitucionais da presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que, nos termos do julgado, acaba-se por tomar como premissa que todo aquele supostamente envolvido na prática de ato de improbidade administrativa atentará contra a efetividade da

prestação jurisdicional, aplicando-se indistintamente medida cautelar que acarreta graves consequências em sua esfera particular.

Ainda no julgado em comento, cita-se o posicionamento do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, seguido pelos Ministros Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima, no qual acertadamente se pontou que a demonstração cumulativa do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para fins de concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa é indispensável, já que se tratam de requisitos inerentes a qualquer medida cautelar, que não se confunde com as tutelas de evidência.

Com efeito, entendeu-se que não é suficiente a demonstração da gravidade do ilícito objeto da demanda judicial e os indícios de sua ocorrência para justificação da medida cautelar; é preciso demonstrar também concretos riscos de que o acusado está se valendo ou poderá se valer de atos que impliquem na oneração, dilapidação ou alienação de seus bens, o que prejudicaria eventual ressarcimento de danos.

Nesta ocasião, para que não restem dúvidas, vale a pena transcrever a ementa do voto divergente do Ministro Napoleão Maia Filho, no qual se consagrou a necessidade da presença do *periculum in mora* para fins de concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SANCIONADOR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS INITIO LITIS. ARTS. 7º E 16 DA LEI 8.429/92. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ATO DO ACIONADO OU DE TENTATIVA DE ALIENAR, ONERAR OU DILAPIDAR BENS PATRIMONIAIS. NECESSIDADE DE *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PARA A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO FÁTICA E DOCUMENTAL A COMPORTAR TUTELA DE EVIDÊNCIA. RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS.

1. A Lei 8.429/92 prevê, em seus arts. 7º e 16, a possibilidade da concessão judicial de providência de natureza preventiva patrimonial (decretação da indisponibilidade de bens) para acautelar eventual ressarcimento ao erário, nos casos de lesão ao patrimônio público (art. 9º da LIA) e de enriquecimento ilícito (art. 10 da LIA), derivado de ato ímprobo.

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

3. O sequestro de bens do acionado e o seu bloqueio, por serem inquestionáveis medidas cautelares ou tutelas judiciais provisórias (até por causa da sua revogabilidade), devem observar o procedimento legal específico para essa modalidade de atuação jurisdicional (arts. 37, § 4º da

CF/88 e 16 §§ 1º e 2º da Lei 8.429/92); não há de se confundir a denominada tutela de evidência, ainda que não adotada na legislação processual, com a tutela cautelar, esta cabível na Ação de Improbidade, uma vez que aquela (a tutela de evidência) somente ocorre quando a relação jurídica material se mostra desenturvada de dúvidas e documentalmente comprovada, isto é, na esmerada posição de incontestabilidade jurídica.

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

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

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

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

8. O pedido cautelar lastreia-se em juízo de plausibilidade (não de evidência), mormente quando a constrição abarca a totalidade dos bens do acionado e ainda pendente a demonstração da ocorrência do alegado dano e a sua extensão; essa é a antiga orientação jurisprudencial do STJ (AgRg no REsp. 422.583/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 09.09.02; REsp. 469.366/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 02.06.03; REsp. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 18.09.07), hoje não mais seguida sem ressalvas.

9. O art. 37, § 4º da Carta Magna, ao aludir à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, não estabelece a constrição automática ou necessária, tanto que a subordina à forma e gradação previstas em lei; tal dicção remete essa indisponibilidade à regulação normativa: o art. 16 da Lei 8.429/92 prevê que o MP requeira ao Juízo o sequestro de bens do acionado, atendendo aos arts. 822 e 825 do CPC (§ 1º), enquanto o § 2º deste dispositivo contempla que outras medidas restritivas – inclusive o bloqueio de bens – se façam nos termos da lei; as medidas cautelares, independentemente das denominações que ostentem, são sempre subordinadas à ação (dita) principal e aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, cumulativamente.

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

11. No caso em exame, conforme salientou a Corte de origem, não se evidenciou que tivesse o recorrido praticado, ou tentado praticar, atos



visando onerar, dilapidar ou alienar os seus bens, ou parte deles. Apenas a gravidade do ilícito e o seu vulto não são suficientes para justificar a referida medida judicial de urgência; no âmbito do Direito Sancionador, por calcar-se a iniciativa postulatória em condutas subjetivamente avaliáveis, deve-se evitar a adoção de soluções lineares ou automáticas, pois se trata de normas punitivas, cuja aplicação sempre dependem de ponderações peculiares e tópicas.

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

13. Recursos Especiais desprovidos.

(Recurso Especial nº 1.366.721 – BA 2013/0029548-3. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. j. 26.02.2014).

No mesmo sentido da ementa retro e acima transcrita, já se posicionou a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar recurso de Agravo de Instrumento:

**ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. BLOQUEIO E INDISPONIBILIDADE DE BENS.**

1. Indisponibilidade de bens dos réus. Possibilidade em tese (condicionada à verossimilhança das alegações), limitada ao valor do dano estimado ao erário. Periculum in mora implícito no comando do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Precedentes do STJ. Critério diverso com relação ao montante relacionado à multa civil, cuja constrição liminar depende da conjugação dos requisitos fumus boni juris e periculum in mora, em apreciação mais acurada, considerado inclusive que a única sanção inafastável - mais tecnicamente, “recomposição” é a do ressarcimento do dano. Falta de demonstração concreta da urgência pelo autor.

2. No caso, falta de licitação que implica, em tese, em violação a princípios da Administração Pública. Indício de ilegalidade que não permite, por si, inferir a ocorrência de dano a ressarcir. Lesão ao erário que não se presume. Ônus da prova imputável ao autor (Ministério Público). Alegação de superfaturamento nos preços dos serviços contratados desprovida de evidências neste momento processual. Índícios suficientes da prática de ato de improbidade que reclamam alguma proteção ao interesse público. Solução prudencial. Limitação da ordem de bloqueio e indisponibilidade de bens a 30% (trinta por cento) dos valores indicados pelo Ministério Público na inicial. Precedente do TJ-SP. Recurso parcialmente provido. Extensão dos efeitos do acórdão aos demais réus. Prejudicado o pedido de justiça gratuita. (Agravo de Instrumento nº 2096763-10.2015.8.26.0000. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Público. Relatora Desembargadora Heloísa Martins Mimessi. j. 14.08.2015).

Outra interessante jurisprudência que merece ser citada corresponde ao julgamento do Recurso Especial nº 717.375 – PR 2005/0009480-6 pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em abril de 2006, de relatoria do Ministro Castro Meira, no qual se firmou

entendimento de que, não sendo devidamente comprovado nos autos a efetiva lesão ao erário em razão da prática do ato de improbidade administrativa, não há que se cogitar aplicação das sanções de multa e muito menos de ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público. A título de esclarecimento, transcreve-se a seguir a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. Mostra-se ausente o prequestionamento no tocante à suposta contrariedade aos arts. 84 da Lei nº 10.628/02; 2º, 81, 128, 131 e 230 todos do CPC e 1º da Lei nº 9.637/98. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

3. Se não houver lesão, ou se esta não restar demonstrada, o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas no dispositivo como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a impossibilidade de contratar com a administração pública por determinado período de tempo, dentre outras.

4. *In casu*, face à inexistência de lesividade ao erário público, é incabível a incidência da pena de multa, bem como de ressarcimento aos cofres públicos, sob pena de enriquecimento ilícito da municipalidade.

5. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(Recurso Especial nº 717.375 – PR 2005/0009480-6. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. j. 25.04.2006).

Também vale a pena trazer à tona o julgamento do Recurso Especial nº 1.529.530 – SP 2015/0099983-2 pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em julho de 2016, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, no qual acertadamente se afirma que a ausência de demonstração do elemento subjetivo, isto é, do dolo na conduta do réu da ação de improbidade administrativa, inviabiliza a configuração do ato ímprobo na modalidade de violação aos princípios da Administração Pública, previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992. No julgado, constou a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM CONCURSO PÚBLICO. AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). ART. 11 DA LEI 8.429/92.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a contratação de servidores públicos sem concurso público baseada em legislação local não configura improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo), necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da

administração pública. A propósito: AgRg no REsp 1358567 / MG, desta relatoria, Primeira Turma, DJe 09/06/2015; REsp 1.248.529/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013.

2. Recurso especial provido.

(Recurso Especial nº 1.529.530 – SP 2015/0099983-2. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. j. 16.07.2016).

Ainda sobre o convencimento do juízo acerca da efetiva presença do elemento subjetivo na conduta do acusado da prática do ato ímprobo, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.186.435 – DF 2010/0054539-6 em abril de 2014, de relatoria do Ministro Og Fernandes, reconheceu a necessidade de absolvição de agente público processado em ação de improbidade administrativa em razão da ausência de dolo ou culpa em sua conduta para fins de aplicação da Lei nº 8.429/1992, que não se presta para tratar de meras irregularidades administrativas. No julgado, constou como ementa o seguinte:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO OU CULPA DO AGENTE. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NA NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Afigura-se indispensável a presença de dolo ou culpa do agente público para ensejar a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, sendo insuficiente, para tanto, meras irregularidades administrativas.

2. A absolvição do acusado quanto à suposta prática de atos ímprobos baseada na não comprovação dos fatos narrados na inicial inviabiliza a análise da pretensão recursal, conforme orientação da Súmula 7 desta Corte.

3. O cotejo analítico entre os casos confrontados perpassa, necessariamente, pela análise das peculiaridades fáticas da causa, o que não se fez no caso concreto.

4. Recurso especial conhecido, em parte, para, nessa medida, negar-lhe provimento.

(Recurso Especial nº 1.186.435 – DF 2010/0054539-6. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Relator Ministro Og Fernandes. j. 03.04.2014).

Em sentido similar, se posicionou a 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao afastar, no julgamento de recurso de Apelação, a anulação de contrato administrativo em razão da suposta prática de atos de improbidade administrativa, já que não foi demonstrado nos autos o dano ao erário ou a desonestidade na conduta do agente público, adotando-se a ementa abaixo transcrita:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Licitação. Compra de armários de segurança (cofres) para a Câmara Municipal de Jacareí. Inexistência de comprovação de fraude, superfaturamento ou direcionamento da contratação. Ausência de demonstração de dano ao erário ou desonestidade do Administrador Público a justificar a imposição da anulação do contrato. Discricionariedade da Administração Pública quanto às especificações técnicas e necessidade de

aquisição dos produtos. Ação julgada procedente na 1ª Instância. Sentença reformada. Recurso provido.  
(Apelação nº 0006096-14.2012.8.26.0292. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Leme de Campos. j. 08.08.2016).

Aliás, na mesma linha, a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente julgado de agosto de 2016, firmou entendimento em recurso de Apelação no sentido de que a ocorrência de má-fé na conduta dos acusados é indispensável para que se fale na prática de ato de improbidade administrativa. Na ocasião, foi adotada a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Alegação de desvio de função. Inexistência de má-fé a não permitir o reconhecimento de ato de improbidade administrativa. Ausência de demonstração de que os réus tenham praticado ato de improbidade, de que tenham auferido qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, causado prejuízo ao erário ou afrontado os princípios que informam a Administração. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação nº 0000041-37.2015.8.26.0326. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Ronaldo Andrade. j. 31.08.2016).

Finalmente, é oportuno citar o julgamento do Mandado de Segurança nº 18.460 – DF 2012/0087216-2 pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2013, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que trata especificamente de situação excepcional de articulação do ônus probatório nas ações de improbidade administrativa no que tange o enriquecimento ilícito, na qual à Administração Pública foi incumbida do ônus de comprovar o aumento patrimonial relevante e incompatível com as fontes de renda do acusado, enquanto se incumbiu ao agente público o ônus de comprovar a licitude de sua evolução patrimonial.

Como já mencionado em momentos diversos, não se trata aqui de inversão do ônus probatório e muito menos de responsabilização objetiva daquele acusado da prática do ato de improbidade administrativa. Para que não restem dúvidas, transcreve-se abaixo a ementa do julgado em comento:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Trazem os autos mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Fazenda consistente na cassação da aposentadoria do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, eis que apurado em processo administrativo disciplinar o recebimento de rendimentos em valor incompatível com a sua

renda lícitamente conhecida, caracterizada pela evolução patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 2001 a 2005, correspondente, respectivamente, a R\$ 165.602,74 (cento e sessenta e cinco mil, seiscentos e dois reais e setenta e quatro centavos); R\$ 97.194,32 (noventa e sete mil, cento e noventa e quatro reais e trinta e dois centavos); R\$ 78.895,98 (setenta e oito mil, oitocentos e noventa e cinco reais e noventa e oito centavos); R\$ 126.460,57 (cento e vinte e seis mil, quatrocentos e sessenta reais e cinquenta e sete centavos) e R\$-158.089,98 (cento e cinquenta e oito mil, oitenta e nove reais e noventa e oito centavos).

2. Sustenta o impetrante que é nula a cassação da aposentadoria, pois: (I) não lhe foi dada oportunidade de se manifestar após parecer final da comissão processante - bem assim relativamente aos pareceres posteriores da Corregedoria da Receita Federal e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional -, situação que configura cerceamento de defesa no processo administrativo disciplinar; (II) a demissão fundada no art. 132, IV, da Lei 8.112/90 só atinge servidor público ativo, razão pela qual não há previsão legal para a cassação de sua aposentadoria; (III) o PAD tem como fundamento a mera presunção da prática do tipo descrito no artigo 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92, não apontando ato doloso ou culposo no exercício de suas funções.

3. Não há previsão legal determinando a notificação do indiciado relativamente à apresentação do parecer da comissão processante e de outros órgãos no âmbito do processo administrativo disciplinar, razão pela qual não há falar em cerceamento de defesa no ponto. Precedentes do STJ e do STF.

4. Por outro lado, dispõe o art. 134 da Lei 8.112/90 que será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão - o que é o caso da improbidade administrativa, prevista no inciso IV do art. 132 da Lei 8.112/90. Nessas circunstâncias, não há falar em ausência de fundamentação legal para a cassação da aposentadoria, nos termos em que propostos pelo impetrante.

5. Sobre a demissão de servidor público com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, a Primeira Seção já assentou que não há incompatibilidade entre o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa e os arts. 127 e 132 da Lei 8.112/90 (MS 16.418/DF, Min. Herman Benjamin, DJe 24/08/2012). No mesmo sentido: MS 15.841/DF, 1ª Seção, Min. Humberto Martins, DJe 02/08/2012; MS 10.987/DF, 3ª Seção. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/06/2008.

6. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

7. No caso, restou comprovado no processo administrativo disciplinar a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados - recebidos de pessoas físicas e do exterior - advieram de aluguéis e de prestação de serviços como *ghost writer*.

8. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), "*A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público*".

9. Saliente-se, por fim, que a existência de fato superveniente consistente na improcedência da ação civil pública por improbidade administrativa é

situação que não socorre o impetrante, pois, conforme jurisprudência do STJ e do STF, as instâncias administrativa e civil são independentes.

10. Segurança denegada.

(Mandado de Segurança nº 18.460 – DF 2012/0087216-2. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. j. 28.08.2013).

Mais recentemente, o mesmo entendimento foi novamente adotado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em dezembro de 2015, no julgamento do Mandado de Segurança nº 19.782/DF 2013/0042239-1, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, como se vê pela ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Trazem os autos mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Fazenda consistente na demissão do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, eis que apurado em Processo Administrativo Disciplinar o recebimento de rendimentos em valor incompatível com a sua renda lícitamente conhecida, caracterizada pela evolução patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 2001 e 2006, nos valores de R\$ 88.948,50 (= 29% dos rendimentos conhecidos no ano) e de R\$ 21.070,28 (= 14% dos rendimentos conhecidos no ano), respectivamente.

2. Sustenta o impetrante que a demissão é nula em razão da atipicidade da conduta que lhe foi atribuída pela Administração, pois: (i) não há desproporcionalidade na variação patrimonial a descoberto; (ii) não houve aquisição de bens; (iii) não houve dolo; (iv) não foi apontada a existência de ato funcional vinculado à variação patrimonial a descoberto.

3. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes.

4. No caso, restou comprovado no âmbito do PAD a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados tinham origem lícita. Por outro lado, não há falar em atipicidade da conduta atribuída pela Administração porque as variações patrimoniais apontadas não podem ser consideradas irrisórias, a exemplos das que decorrem de mera desorganização fiscal do servidor.

5. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), "*A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público*".

6. Segurança denegada, ressalvadas as vias ordinárias.

(Mandado de Segurança nº 19.782 – DF 2013/0042239-1. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. j. 09.12.2015).

No mais, encerra-se esta análise jurisprudencial com a menção a julgado de recurso de Apelação pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em junho de 2016, no qual, afastando-se a pretensão condenatória, foi reconhecido que cabia ao autor da Ação Civil Pública, no caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo, o ônus probatório acerca do evento danoso ao Poder Público e da presença de dolo ou má-fé na conduta do acusado, tendo constado a ementa a seguir:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Contratação de empresa para a construção de guias, sarjetas e pavimentação asfáltica. Suspensão de obras e cancelamento do empenho. Improbidade administrativa não caracterizada. Ausência de prova inequívoca que a ordem de paralisação dos trabalhos tenha sido emanada pelo Prefeito Municipal. Ônus da prova que compete ao autor. Valores cancelados para preservar o erário. Ausência de dolo ou má-fé. Desvio de conduta incorrente. Impossibilidade de condenação. Precedente do C. STJ. Recurso desprovido. (Apelação nº 0001041-82.2011.8.26.0368. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Público. Relatora Desembargadora Cristina Cotrofe. j. 22.06.2016).

Finalmente, nota-se que esta concisa coleção de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é suficiente para permitir a apuração de pontos específicos e de grande relevância que decorrem da persecução judicial daqueles envolvidos na prática de atos de improbidade administrativa e da própria aplicação da Lei nº 8429/1992, de uso ainda recente no ordenamento jurídico brasileiro.

## CONCLUSÃO

Diante das considerações feitas ao longo desta pesquisa, realmente não restam dúvidas acerca do fundamental papel desenvolvido pelo instituto da improbidade administrativa e sua respectiva ação judicial, atualmente disciplinados pela Lei nº 8.429/1992, como forma de efetivar o princípio constitucional da moralidade e de combater os crescentes casos de corrupção no âmbito do Poder Público, que são demasiadamente prejudiciais à sociedade e às próprias instituições democráticas.

Tendo em mente que se trata de espécie de demanda judicial dotada de características peculiares que a aproximam das ações penais, a ação de improbidade administrativa é sancionatória por excelência, podendo acarretar na aplicação de gravosas penalidades àqueles que figurarem em seu polo passivo, sendo que algumas delas, inclusive, podem ser aplicadas em regime de tutela de urgência cautelar.

Porém, para que haja caracterização do ato de improbidade administrativa e possibilidade de se aplicar suas respectivas sanções, faz-se necessária a cautelosa apuração da presença de seus elementos constitutivos, que são a legitimidade dos sujeitos ativos e passivos, ocorrência do evento danoso tipificado pela Lei de Improbidade Administrativa e elemento subjetivo no ato praticado pelo acusado.

Desta forma, verifica-se que o ato de improbidade administrativa não se confunde com a prática de meras irregularidades administrativas. Neste âmbito, é dado especial enfoque à presença do elemento subjetivo na atividade desenvolvida por cada um dos acusados, tendo em vista que, sem a individualização de condutas e a verificação da má-fé ou desonestidade no ato em análise, não há que se falar na aplicação da Lei nº 8.429/1992.

Em consequência de tais peculiaridades, entende-se que incumbe a quem propõe a ação de improbidade administrativa provar nos autos e convencer satisfatoriamente o julgador acerca da ocorrência do ato ilícito considerado como ímprobo pela Lei nº 8.429/1992, o elemento subjetivo na conduta dos acusados, representado pelo dolo ou, ao menos, culpa grave, e o nexo de causalidade entre o evento danoso experimentado pela Administração Pública e os atos praticados pelos réus.

Isso porque, nas ações de improbidade administrativa, vigora a regra geral consagrada pelo art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.150/2015),



de acordo com a qual o encargo de provar os fatos constitutivos que fundamentam o pedido sancionatório é de responsabilidade daquele que propôs a demanda judicial.

Apesar de ser uma das ações que compõe o microsistema de proteção de direitos e interesses coletivo, a ação de improbidade administrativa diferencia-se das demais demandas judiciais também no que tange à articulação das provas, já que ela é incompatível com a inversão do ônus probatório prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que é aplicável, por exemplo, na ação civil pública e na ação popular em razão do disposto no art. 21 da Lei nº 7.347/1985.

Na realidade, são apenas em situações excepcionais, tais quais quando o ato ímprobo se funda na evolução patrimonial de agente público no exercício de suas funções ou quando o agente público pratica atos contrários a recomendações de órgãos técnicos, pareceres jurídicos e Tribunal de Contas, é que se admite ao julgador, que é o destinatário principal da prova, se valer de tais indícios para fins de distribuição do encargo probatório.

Contudo, a aplicação de tal possibilidade se mostra restrita a circunstâncias específicas e pontuais, cujos indícios devem ser devidamente comprovados em juízo, o que não implica, de forma alguma, no reconhecimento da admissibilidade de se inverter o ônus da prova em detrimento daqueles que figuram na qualidade de réus em ação de improbidade administrativa.

Em que pese a existência de posicionamentos contrários na doutrina e jurisprudência, entende-se aqui que admitir a inversão do ônus da prova, dispensando quem propõe a ação de improbidade administrativa de demonstrar adequadamente a ocorrência de todos os elementos constitutivos do ato ímprobo, viola frontalmente o princípio da presunção de inocência, garantido pelo art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988.

Além do mais, ao livrar aquele que propõe medida judicial de embasá-la adequadamente em lastros probatórios dos elementos básicos para a caracterização do ato ímprobo, que sejam suficientes para justificar sua pretensão sancionatória, acaba-se por dar margem à propositura de inúmeras ações de improbidade administrativa desarrazoadas e desproporcionais, que acabam acarretando severos efeitos na vida pessoal dos acusados perante a sociedade.

Mesmo diante das gravosas implicações trazidas aos réus pela aplicação da Lei nº 8.429/1992, o que se tem visto na prática forense é o alarmante descumprimento não só do

ônus probatório, mas também de outros requisitos de ordem material e processual considerados indispensáveis que justificam a propositura da ação de improbidade administrativa, caracterizando verdadeira aventura judicial que, infelizmente, tem sido sancionada pelos próprios Tribunais em algumas de suas jurisprudências.

Por exemplo, é possível encontrar julgados nos quais, valendo-se do princípio *in dubio pro societate*, inverte-se o ônus da prova em desfavor dos acusados e permita-se o recebimento e regular prosseguimento da ação de improbidade administrativa; havendo indícios de improbidade administrativa, acaba-se por presumir que os acusados atuaram com desonestidade e má-fé. Muitas das vezes, tal entendimento vem inspirado no forte anseio social e pressões midiáticas de se combater a prática de atos de corrupção no âmbito da Administração Pública a todo e qualquer custo.

Ocorre que, enquanto vigorar no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional da presunção de inocência, não há que se cogitar presunções quanto aos elementos constitutivos do ato ímprobo e, muito menos, inversão do ônus probatório em juízo. Em razão da seriedade de suas medidas punitivas, deve-se aplicar a Lei nº 8.429/1992 em atenta observação aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, com respeito àqueles que se posicionam de modo diverso, entende-se por mais adequado e justo o satisfatório cumprimento do encargo probatório para fins de propositura e processamento da ação de improbidade administrativa por aquele que a propõe, com a devida demonstração do ato ilícito, elemento subjetivo da conduta dos envolvidos, dano suportado pelo Poder Público e nexos causal, que são itens indispensáveis à aplicação da Lei nº 8.429/1992, não sendo suficiente a presença de meros indícios da prática do ato ímprobo e de sua autoria.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. DOUTRINA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 6ª ed. rev. e atual. Editora Malheiros: São Paulo, 2009;

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2003;

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015;

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). *Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015;

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015;

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002;

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015;

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. 2ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998;

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001;

SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 2002;

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

## **2. ENDEREÇOS ELETRÔNICOS**

CÂMARA DOS DEPUTADOS – Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>> – acesso em: 24 out. 2016;

CONSULTOR JURÍDICO – Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>> – acesso em: 24 out. 2016;

PORTAL DE REVISTAS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/wp/>> – acesso em: 08 dez. 2016;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>> – acesso em: 24 out. 2016;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> – acesso em: 24 out. 2016;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP) – Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>> – acesso em: 24 out. 2016.

## **3. LEGISLAÇÃO**

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

DECRETO-LEI Nº 3.689/1941 (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 4.717/1965 (LEI DA AÇÃO POPULAR) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 7. 347/1985 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 8.078/1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 9.784/1999 (LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 13.105/2015 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> – acesso em: 24 out. 2016;

LEI Nº 13.140/2015 (LEI DA MEDIAÇÃO) – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> – acesso em: 24 out. 2016.