

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES-UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO AFASTAMENTO CAUTELAR DO
PREFEITO EM DECORRÊNCIA DE AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

ADEMIR JOSÉ ALVES JUNIOR

CARUARU – PE

2017

ADEMIR JOSÉ ALVES JUNIOR

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO AFASTAMENTO CAUTELAR DO
PREFEITO EM DECORRÊNCIA DE AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro
Universitário Tabosa de Almeida ASCES-UNITA, como
requisito parcial, para orientação do grau de bacharel em
Direito, sob orientação da Professora Msc. Roberta Cruz
Silva.**

CARUARU – PE

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: __/__/____.

Presidente: Profa. Msc. Roberta Cruz Silva

Primeiro avaliador: Prof.

Segundo avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, que me proporcionaram um ambiente favorável para que eu concluísse esta graduação. Dedico a minhas irmãs Bianca, Vanessa e Isabella, por tudo que fizeram e fazem para vê o meu sucesso, e a minha namorada Ângela Monteiro, pela generosidade, atenção, cuidado e apoio incondicional nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

A orientadora Professora Roberta Cruz Silva, pelo incentivo, auxílio, generosidade, confiança, ajuda na pesquisa, e atenção na construção do presente estudo. Ao professor Luis Felipe Andrade Barbosa, pela ajuda no projeto que antecedeu este trabalho. A minha namorada e grande amor Ângela Monteiro, por ter me ajudado nesta pesquisa, auxiliado na correção no trabalho e dado tanto apoio e força, pois sem ela não chegaria até aqui.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem a intenção de demonstrar a inconstitucionalidade do afastamento cautelar do agente político prefeito em ação de improbidade administrativa, conforme a Lei de Improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92). Esta foi editada para punir quem comete ato de improbidade administrativa, especificando as condutas descritas e as sanções a serem aplicadas. Dentre as sanções a serem aplicadas está a de Suspensão dos Direitos Políticos, que deveria ser aplicada ao final do processo, mas poderá o agente político, excepcionalmente, ser afastado cautelarmente por decisão monocrática do judiciário do cargo que ocupa, se este não estiver contribuindo com a instrução do processo. Entretanto esse afastamento cautelar não tem um prazo definido para se encerrar, na presente norma, e não é deferido por um colegiado, e assim, gera prejuízos para quem for afastado, pois não há previsão na norma por quanto tempo que esse afastamento cautelar irá perdurar.

Palavras-chave: Lei de Improbidade Administrativa. Suspensão dos Direitos Políticos. Afastamento Cautelar. (In)constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	10
1.1 Poder na Esfera Pública	11
1.1.1 Necessidade de Controlar os Agentes Públicos	12
1.1.2 A Importância da Probidade	14
1.1.3 Princípio da Moralidade.....	15
1.2 Improbidade	15
1.2.1 Causas de Improbidade	16
1.2.1.1 Enriquecimento Ilícito	17
1.2.1.2 Dano ao Erário	18
1.2.1.3 Violação aos Princípios da Administração Pública	18
1.3 Elemento Subjetivo.....	19
1.3.1 Do Dolo.....	19
1.3.2 Da Culpa	20
1.4 Das Sanções	21
CAPÍTULO II – SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E O AGENTE ÍMPROBO	25
2.1 Quem pode ser punido pela LIA	25
2.1.1 Agentes Públicos (Políticos).....	28
2.1.2 Regimes Próprios do Prefeito	29
2.2 Sanção de Suspensão dos Direitos Políticos.....	30
2.2.1 Ficha Limpa	33
2.2.2 Crime de Responsabilidade.....	34

CAPÍTULO III – O AFASTAMENTO CAUTELAR DO AGENTE POLÍTICO E A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	38
3.1 Cautelar de Suspensão dos Direitos Políticos.....	38
3.2 A Ação de Improbidade e o Novo Código de Processo Civil.....	43
3.3 O Projeto do Afastamento Cautelar	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem a intenção de apontar a inconstitucionalidade da suspensão dos direitos políticos de forma cautelar, através da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429/1992). A Lei foi criada com a intenção de disciplinar; fiscalizar e punir atos de improbidade cometidos por agente públicos.

O legislador editou em 1992 uma norma para punir quem praticar algum ato de improbidade administrativa, seja ele agente público direto ou não. Necessariamente não é levado em consideração o cargo que se ocupa para aplicar a sanção equivalente ao ato que praticou. Assim, por meio desta norma se buscou de forma efetiva a probidade na Administração Pública.

É de fundamental importância a certeza da prática do ato ímprobo contra a Administração Pública, visto que é extremamente danoso para o agente público responder por ato de improbidade, pois suas sanções são graves e possui em alguns casos a possibilidade de o judiciário aplicá-las cautelarmente, o que pode fazer com que o agente responda e comece a cumprir uma sanção grave antes do trânsito em julgado. Isto pode ocorrer quando o agente político é afastado do seu cargo de forma cautelar.

Apesar da norma ter sido criada com a intenção de ajudar a identificar a prática de atos de improbidade cometidos por aqueles que militam na área pública, seja ele agente político ou não, assim a norma age com igualdade perante os agentes, não havendo critério da hierarquia perante as sanções, uma das principais sanções é a suspensão dos direitos políticos, está que esta prevista em todos os atos e pode ser aplicada a partir da vontade do judiciário que, em seu primeiro momento pode fazê-la por entender que o agente irá interferir nos trabalhos de investigação e instrução processual.

No estudo feito é analisado como se identifica os atos de improbidade administrativa, indicando como estes são praticados; de que maneira a administração pública foi lesada a partir do ato cometido; qual a intenção do agente no momento que o praticou; e como sua conduta contribuiu para o resultado, desta forma analisando de que maneira será punido o agente e se estas estão ocorrendo no período processual correto.

Serão observados algumas contradições da norma e em que estas podem atrapalhar no devido prosseguimento da ação de improbidade administrativa, pois a aplicabilidade de suas

sansões pode estar ferindo o direito constitucional do contraditório; da ampla defesa; da presunção de inocência o devido processo legal etc.

O método empregado neste trabalho foi o dedutivo, uma vez que utilizou a Constituição Federal e outras Leis para defender a inconstitucionalidade da suspensão dos direitos políticos cautelarmente. Ademais, foram utilizadas na pesquisa a doutrina e a jurisprudência.

No primeiro capítulo será comentado como é o Poder na esfera pública e a sua divisão, como funciona cada repartição, a necessidade de controlar os agentes públicos. Será exposto, também, o conceito de Improbidade Administrativa e de ato ímprobo, a necessidade do agente ser probo, as sanções de quem pratica ato ímprobo, e ainda, será analisado o elemento subjetivo.

No segundo capítulo será despontado quem é que pode ser atingido pela Lei de Improbidade Administrativa, sendo focado no agente político, mas precisamente, o Prefeito, como este está previsto na Lei, qual o seu regime específico e a aplicabilidade da sanção dos direitos políticos da LIA. Também será mencionado, neste mesmo capítulo, a suspensão de direitos políticos em outras normas, como a Lei 1.079/1950, o Decreto-Lei nº 201/1967 e a Lei Complementar nº 135/2010, analisando como é a aplicação desta sanção nas respectivas leis.

No terceiro capítulo, será analisado a suspensão cautelar dos direitos políticos que contém na lei e a intervenção que está sendo praticada pelo judiciário. Também serão observados os danos que traz a sua aplicabilidade na forma que é praticada, as mudanças que ocorrem com o Novo Código de Processo Civil, e ao final haverá uma avaliação dos prejuízos causados a partir da prática da Lei de Improbidade como está hoje.

Diante do exposto, será feito um estudo por meio de pesquisa qualitativa sobre o prejudicial afastamento cautelar do Prefeito pela Lei de Improbidade Administrativa, como isso está ocorrendo e quais os requisitos para a sua aplicação.

CAPÍTULO I – ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA, lei nº 8.429/1992) foi editada com a intenção de punir Agentes da Administração Pública e terceiros, que praticaram atos de improbidade. Por muitos anos não vigorou no país, nenhuma norma que objetivasse a fiscalização e punição rigorosa, quando cabível, aos agentes públicos. A LIA surgiu em uma fase profícua, onde se buscava na justiça a segurança para conter os atos ímprobos que impregnavam e impregnam o serviço público brasileiro.

A LIA é uma norma que prevê sanções para quem pratica atos ímprobos, seja por culpa ou dolo, e assim, entendeu-se que a partir da vigência dela a Administração Pública, em tese, estaria mais protegida e quem estivesse na sua direção careceria de mais prudência, gerencia e responsabilidade na gestão, esteja ele em qualquer dos graus de poder.

Além da aplicação de sanções em decorrência de quebra de conduta no exercício da função pública, a referida norma, também, veio para organizar e auxiliar os órgãos competentes a julgar esses agentes públicos e/ou políticos:

Em qualquer canto do mundo, a existência de mecanismos *eficazes, efetivos e eficientes*, voltados a assegurar o exercício adequado da função administrativa e a repressão de transgressões, é da mais alta relevância. Em um país como o Brasil, marcado – como demonstrou Raymundo Faoro – pelo patrimonialismo estatal e por um estamento burocrático formado por indivíduos que se julgam verdadeiros “donos do poder”, essa importância é redobrada.¹

Assim, a partir da concepção desta norma, iniciou-se a transformação na gestão pública, responsabilizando quem lesa o erário público com penas graves e de consequências incalculáveis, aos agentes públicos ou políticos ímprobos. Isto, por si só já potencializou a eficácia da LIA, por não especificar o agente público ou político, uniformizando a cobrança e sanção entre os entes.

¹ LUCON, Paulo Henrique do Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; RECENA COSTA, Guilherme. **Improbidade Administrativa – Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.

1.1 Poder na Esfera Pública

Se tratando de poderes na esfera pública, entende-se que este é dividido em Poder Legislativo, Judiciário e Executivo. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º afirma que esses poderes são independentes e harmônicos entre si, todavia não a exclusividade absoluta no exercício de cada uma de suas atribuições, pois em algumas ocasiões determinado poder poderá exercer a função de outro.² A teoria dos três poderes existe há muito tempo, em Os Clássicos da Política é possível visualizar a ideia de Montesquieu em relação a eles, observe-se:

Na sua versão mais divulgada a teoria dos poderes é conhecida como a separação dos poderes ou a equipotência. De acordo com essa versão, Montesquieu estabeleceria, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A ideia de equivalência consiste em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder.³

O Poder Legislativo tem como principais atribuições legislar, como sugere o seu próprio nome, e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos. O autor Alexandre de Moraes comenta as funções atípicas do Poder Legislativo:

As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoção de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo de julgamento do presidente da república por crime de responsabilidade.⁴

Apesar de a Constituição Federal afirmar que se pode legislar livremente de forma genérica sobre todos os assuntos, há uma vedação em relação a alguns temas. Estes não podem ser dispostos em lei, em razão da separação dos três poderes, pois as competências que são reservadas privativamente aos Poderes executivo e Judiciário, serão exercidas por outro meio, e não será por lei.⁵

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/06/2016.

³ WEFORT, Francisco C. **Os clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”**. 13 ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 119.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 431.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 233.

O Executivo é o Poder cuja responsabilidade é de chefiar o Estado, administrar e governar. Este órgão é comandado pelo Presidente da República, assim como preceitua a Constituição Federal em seu art. 76: “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.⁶ Há também funções atípicas deste órgão, que exerce funções do legislativo quando edita, por exemplo, medidas provisórias, como autoriza o art. 62 da CF/88, além disso, poderá ainda exercer funções do judiciário quando julga, como por exemplo, em procedimentos administrativos.⁷

O Judiciário é entre os três poderes clássicos, o único em que seus representantes não são eleitos para mandatos por voto direto, pois quem o exerce assume por eleição indireta ou concurso público. Sua principal função é a administração da justiça, todavia, não é seu único papel perante a sociedade. Ocupa, também, o cargo de guardião da Constituição, com a finalidade de defender, sobretudo os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os outros princípios tornar-se-iam vazios.⁸

Ademais, após explicar a separação dos poderes, para introduzir o leitor ao tema principal, pois o presente trabalho passará a analisar a esfera do poder executivo – tendo como principal agente o prefeito –. Abordará, assim, o Direito Administrativo, mas especificamente a área da Improbidade Administrativa.

1.1.1 Necessidade de Controlar os Agentes Públicos

Na ocasião em que se definem poderes e suas respectivas atribuições, entende-se que haverá de se criar maneiras de monitoramento das instituições públicas, neste sentido instituições independentes e com poderes limitados entre si, precisam de uma legislação que tenha caráter preventivo, ou seja, que vise à proteção do estado identificando possíveis situações que deverá enfrentar, assim conseguindo legislar de maneira positiva detectando desvios e aplicando sanções elaboradas para a defesa do estado.

No serviço público existem instituições de controle e fiscalização, por exemplo, a Controladoria Geral da União - CGU, Ministério Público - MP e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, estes são exemplos de entidades criadas para garantir o devido uso da coisa

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/06/2016.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 489.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 522.

pública, influenciando os três órgãos principais da federação a fazer o correto uso de suas funções respeitando e seguindo a CF/88.

A ideia de controle do indivíduo não está apenas pautada no que tange aos agentes públicos, pois para que qualquer sociedade prospere é necessário o controle, para uma melhor administração, que será exercido na forma de normas, e estas deverão ser obedecidas pelos respectivos agentes. Até no direito privado é importante o controle, como pode-se observar num trecho da obra *Direito Civil Brasileiro* de Carlos Roberto Gonçalves:

Em todo tempo, por mais distante que se olhe no passado, em qualquer agrupamento social, por mais rudimentar que seja, sempre se encontrará presente o fenômeno jurídico, representado pela observância de um mínimo de condições existenciais da vida em sociedade. Seja na unidade tribal em estado primitivo, seja unidade estatal, sempre houve e haverá uma norma, uma regra de conduta pautando a atuação do indivíduo, nas suas relações com os outros indivíduos.⁹

A ordem jurídica tem, assim, como premissa o estabelecimento dessas restrições, a determinação desses limites aos indivíduos, aos quais todos indistintamente devem se submeter, para que se torne possível a coexistência social.¹⁰

Assim, como nesta obra mencionada acima é importante a imposição de limites as pessoas no geral, e conseqüentemente, limitar a atuação dos agentes públicos para que não fujam da finalidade de suas respectivas funções, podendo agir, apenas, em conformidade com o que a Lei prevê, é o que prega o princípio da legalidade no Direito Administrativo.

O princípio da legalidade disposto no inciso II do art. 5º da Constituição dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Todavia, para o Direito Administrativo, não há essa liberdade, pois aqui o agente público só caminhará por onde a lei disciplinar, ou seja, alguém só fará ou deixará de fazer alguma coisa em virtude de lei. O autor José Afonso da Silva comenta sobre o referido princípio na atividade administrativa:

“Na Administração Pública”, prossegue, “não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador significa ‘deve fazer assim’”.¹¹

⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

¹⁰ *Idem*, p. 19.

¹¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 427.

Sobre a legalidade afirma ainda Marçal “É evidente que toda a atividade administrativa estatal deve ser compatível com a Constituição. Mas a constitucionalidade não é suficiente para assegurar a validade da atuação administração pública”¹². Significa que, quando se trata de administração pública, para a aplicação do texto constitucional deverá haver uma adequação.

1.1.2 A Importância da Probidade

Se tratando de Agentes Políticos, há necessidade de visualizar o indivíduo que poderá exercer uma função pública, pois, para o emprego público antes de qualquer qualidade singular do sujeito, se analisa a sua moral, ou seja, se atende aos princípios da administração pública, quais sejam: a moralidade, a impessoalidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, assim feito, estará liberado para almejar uma função pública já que para seguir uma das possíveis carreiras na área pública é necessário atender a esses princípios.

É indispensável para a vida em sociedade principalmente para quem milita na área pública ser probo, pois para entrar e permanecer nesta área tem que se ter uma boa reputação, e a ficha limpa perante sociedade e justiça.¹³

O termo probidade quer dizer, segundo o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva:

Do latim *probitas*, de *probus* (probo, honesto, honrado), entende-se a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Assinala, portanto, o caráter ou a qualidade de probo. Revela a integridade de caráter, o procedimento justo.¹⁴

Assim, observa-se que tratando desta qualidade, busca-se em primeiro lugar num servidor, competência e boa conduta moral. Desta forma, se o candidato a servidor público possuir esses adjetivos, terá condições de pleitear uma função na administração pública.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹³ BRASIL. **Lei Complementar N° 135, De 4 de Jun. de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 18/06/2016.

¹⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1099.

1.1.3 Princípio da Moralidade

Ao definir probidade, pode se visualizar que há uma relação com um princípio fundamental, a moralidade. Entende-se que a base está na moral, esta é quem define o pensar do indivíduo, conforme comenta Emerson Garcia:

Assim, entende-se por moral o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época; ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo Bergson, tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada; e, no segundo, a moral aberta.¹⁵

No princípio da moralidade administrativa, não é bastante ao sujeito o simples cumprimento do que está na lei, no exercício de sua função, este deverá respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois é assim constituída a moralidade, a partir da Constituição, o que irá presumir todo ato da administração pública.¹⁶ Assim, “entende-se por moralidade a congregação de costumes, deveres e modo de proceder dos homens para com os seus semelhantes, o corpo de preceitos e regras para dirigir as ações humanas segundo a justiça e a equidade natural”.¹⁷

Ademais, após a explanação sobre a probidade e moralidade, entende-se assim, que são pressupostos essenciais para atender a necessidade de um agente público.

1.2 Improbidade

A palavra improbidade vem do latim *improbitas* que significa má qualidade, imoralidade e malícia. Ao questionar de onde surgiu a expressão e, para quê é utilizada juridicamente, observa-se que a respectiva palavra é usada como “sinônimo” de desonestidade, má conduta, má índole.¹⁸

¹⁵ GARCIA, Emerson *In*: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco: Improbidade Administrativa. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 343.

¹⁷ CARLOS, Larissa Freitas. **Moralidade e probidade administrativa**: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/353>>. Acesso em: 26 julho 2016.

¹⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 408.

Como pode ser observado, a improbidade é descrita de uma forma negativa, é o contrário de probidade. Aquele que é ímprobo é mau moralmente, ou seja, não é honesto, não atua com decência, é indigno, é aquele que é transgressor tanto da lei como da moral.¹⁹

Desta feita, para saber se o indivíduo é ou não ímprobo, é necessário observá-lo a partir de sua moral, pois o princípio da moralidade concorre junto à probidade, assim, com a análise partindo deste ponto se chega à definição desejada.

1.2.1 Causas de Improbidade

A LIA especifica a forma de como agiu o ímprobo e como se beneficiou da ação ou omissão, enquadrando-o conforme o ato praticado e levando em consideração todos os pontos utilizados para a caracterização do dano, assim conseguindo classificá-lo e padronizá-lo para uma melhor apuração dos fatos.

No momento que se caracteriza a improbidade, deve ser observada a forma que foi praticada analisando como aconteceu o ato, e o quanto foi importante a ação ou omissão do agente no caso. Se a conduta correu por mera ingerência, falta de capacidade que gerou o problema, ou se usou de seu cargo e sua função pública para levar vantagem sob o poder público.²⁰

Se tratando de agentes políticos, poderíamos elencar todas as funções públicas que estão sob a tutela da LIA, como por exemplo, Presidente da República, Ministros de Estado, Governador, Secretários de Estado, Prefeito, dentre outros. Entretanto, a intenção neste trabalho se consubstancia apenas em estudar os atos ímprobos cometidos pelo agente público Chefe do Executivo Municipal, o Prefeito. Desta forma, toda vez que for utilizada a palavra ímprobo, neste trabalho, estará se referindo aos Prefeitos, que são os agentes políticos no poder executivo em maior número no nosso atual ordenamento, assim, oferece mais conteúdo ao presente estudo.

A LIA utiliza-se de padrões para identificar como o ato foi praticado, para tipificá-lo, assim, enquadrar da melhor forma o ímprobo e seu comportamento perante o cargo público e político ocupado. Analisando como ocorreu o fato gerador, o dano causado e o resultado deste, julgando-o da forma que o agente concorreu pra que a lesão se efetivasse.

¹⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 408.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. pp. 75-94.

Quando se apura qual tipo de conduta se enquadra, para ter uma forma de análise com maior consistência de dados e confiança no resultado obtido, se estabelece três formas e resultados nos atos: Enriquecimento Ilícito, Dano ao Erário, Violação dos Princípios da Administração Pública. Esses três vértices são aplicados isoladamente ou em conjunto quando couber. A norma não é taxativa, trazendo alguns exemplos de atos ímprobos, como afirma Rafael Oliveira “A tipificação dos atos de improbidade administrativa é aberta e o rol de condutas elencadas para sua configuração é exemplificativo”²¹. Essa parte genérica da norma serve para ser atual e eficaz por um maior espaço de tempo e tutelar os atos de forma dinâmica.

1.2.1.1 Enriquecimento Ilícito

Quando se trata de ganho financeiro, a LIA não deixa entender a conduta como culposa, pois o indivíduo que concorre com o crime levando vantagem financeira não pode alegar desconhecimento no dano que sua conduta ou falta dela causou, esta alegação não existe, neste ponto a culpa por ação ou omissão só é permitida no ato de dano ao erário.

A caracterização do ganho material em virtude do cargo ocupado está expressa de várias formas, a lei nº. 8.429/1992 trata a improbidade de maneira exemplificativa²², pois, com a evolução da tecnologia também se criou formas novas de tentar burlar o sistema para obter êxito na obtenção de vantagem sob a administração. O agente que concorre com este ato mesmo que seja de maneira indireta não pode argumentar que não agiu com dolo, pois sempre que praticar ou deixar de praticar algum ato em decorrência de recebimento de vantagens financeiras, incorre no crime de improbidade.

O lucro obtido com a conduta, uma vez identificado, será repatriado para a administração como pena de multa, ressaltasse que este dinheiro por ser público de maneira nenhuma ficará com a família do indivíduo. Neste caso a LIA agiu com rigor para assegurar a segurança dos cofres públicos, e mesmo com o óbito do indivíduo sua herança responderá até o limite de quanto seja necessário para o ressarcimento ao erário.²³

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 75.

²² BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 jan. de 2017.

²³ GARCIA, Emerson. Tipologia dos Atos de Improbidade. *In*: GARCIA, Emerson ALVES, Rogério Pacheco: **Improbidade Administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 382-391.

1.2.1.2 Dano ao Erário

Dentre os três atos elencados na letra da Lei, um dos citados é o Prejuízo ao Erário, que se dá quando o agente traz prejuízos a administração. Na verdade a caracterização do dano vem de várias maneiras, temos que observar a forma que foi executada e qual fora a conduta de quem praticou, observando que se pode ter a culpa ou dolo do executor, e como tirou vantagem nesta situação ou facilitou para que outrem levasse a vantagem a partir da sua conduta, seja ele pessoa física ou jurídica.

A conduta é fundamental para caracterização do dano pelo indivíduo e com que intenção esse agiu, ressaltando que ao exercer carreira pública pode-se agir com boa fé, porém, o resultado se diverso do pretendido, o que pode acarretar prejuízo aos cofres públicos, o que isentaria o dolo na conduta levando o indivíduo a responder pela culpa. Como em casos que se trata do chefe do executivo, em tese este não pode responder por dolo na conduta quando o mesmo agiu de boa fé e seu cargo é revestido de escolhas, estas nem sempre em todas as situações serão positivas, ressaltando que isto não lhe tira a responsabilidade por futuro insucesso.

Já o inverso, quando o indivíduo age de maneira dolosa, com intenção de levar vantagem sobre a administração pública ou de facilitar para que terceiro, seja esta pessoa física ou jurídica, obtenha vantagem em decorrência de ato gerado pelo indivíduo, que a partir da sua conduta contribuiu para o resultado que trouxe prejuízo a administração pública.²⁴

1.2.1.3 Violação aos Princípios da Administração Pública

Dentre os atos de Improbidade Administrativa enumerados, o da violação aos princípios é o mais essencial e necessário para saber se o agente fez uso de má-fé na sua conduta.

Assim, preleciona o artigo 11 da LIA:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. pp. 82-86.

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.²⁵

Observando o que está na norma e os princípios que ela define como cruciais para quem é agente ou faz negócios com o agente público, não se pode agir perante a mesma de forma culposa, o dolo é essencial, sendo assim, quando é ferido os princípios da administração pública, se constata o ato.

1.3 Elemento Subjetivo

Quando se fala da conduta de um agente público ou terceiro que concorre com o resultado desta, a de se buscar como o fato foi gerado e de que forma este concorreu para o resultado ou mera ação. Neste ponto se destaca que se falando dos atos que configuram pela LIA Improbidade Administrativa, dependendo da conduta do indivíduo ele não pode sequer ser enquadrado na norma, da mesma forma que ao olhar o caso a ser analisado não pode este alegar falta de conhecimento.

1.3.1 Do Dolo

Deve se analisar a conduta do indivíduo e em que aspecto ele concorreu com o resultado, como sua conduta corroborou para que o dano obtivesse êxito. O indivíduo pode contribuir com o resultado de acordo com a LIA de três maneiras, que são tipificados do artigo 9º ao 11 (enriquecimento ilícito, dano ao erário, violação dos princípios da administração pública).

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

No enriquecimento ilícito tem o indivíduo que agir com o dolo para configurar o dano, segundo Rafael Oliveira “a mera configuração da culpa não é suficiente para aplicação do art. 9º da LIA, revelando – ser imprescindível a comprovação da intenção do agente ou do terceiro em obter vantagem patrimonial que sabem ser indevida”²⁶. Tratando da vontade do indivíduo, nesta parte da sua conduta ainda segundo Rafael Oliveira “Há discussão doutrinária quanto à possibilidade de configuração do enriquecimento ilícito em virtude de omissão do agente público ou do terceiro”²⁷, isto posto, configura a dificuldade de se admitir uma conduta culposa do indivíduo que está sob esta tutela.

Em relação ao Dano ao Erário a LIA trata a conduta de forma diversa, admitindo que o agente pode agir com ação ou omissão como vem expresso no texto, esse podendo agir com dolo ou culpa.

Tratando de quem viola os princípios da administração pública, é de fundamental importância a caracterização do dolo para punir quem fere a este artigo em particular na Lei de Improbidade. Assim, não tendo a certeza da prática do ato ilícito, não se pode punir o agente sem fundamentos suficientes, o que traz segurança a quem investiga e a quem é investigado.

1.3.2 Da Culpa

Em relação a culpa, esta só cabe em todas as hipóteses elencadas pelo artigo 10 da LIA, pois, o agente não pode se beneficiar do cargo ou função que ocupa para obter vantagem para si ou para outrem e, não perceber que o seu ato é no mínimo danoso a função que assume.

Em regra, a configuração da improbidade administrativa depende do dolo do agente público ou do terceiro, mas o art. 10 da Lei 8.429/1992, excepcionalmente, mencionou a culpa como elemento subjetivo suficiente para a configuração da improbidade. Igualmente, o art. 5º da Lei, ao tratar da lesão ao erário, admitiu condutas comissiva ou omissivas, dolosas ou culposas.²⁸

É imperioso que se olhe com discricionariedade extrema para se verificar a boa-fé na conduta de quem pratica o dano e não só o dolo. Neste caso a Lei 8.429/1992 só admite culpa

²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 79.

²⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 80.

²⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 85.

no Dano ao Erário, por se tratar de situação que o agente não concorreu diretamente com o resultado por dolo.

Desta forma, quem pratica o ato culposo irá responder administrativamente e não por improbidade administrativa, pois, seria demasiadamente prejudicial a quem agiu com boa vontade no ato e, por motivos alheios a sua vontade, motivos indesejados, o resultado gerou prejuízo a administração.

1.4 Das Sanções

No momento em que se edita uma Lei para normatizar a vida em sociedade, uma das maiores forças nela contida são suas penas, ou seja, cada ente da sociedade tem sua vida regida pelo Estado, que é superior e normatizador das condutas que devem ser praticadas e que são proibidas na matéria que abrange. Por isto, referindo-se a palavra sanção, qualquer um que comunga em uma sociedade, tem o interesse de saber até onde pode ir sem ser punido por seus atos. A Lei 8.429/1992 tem a função de gerar esse cuidado ao agente político, que ao entrar na seara pública tem a função de administrar o que é do povo. Neste contexto foram tipificados os atos que são requisitos para que um ente seja probo na sua conduta e trabalho.

A probidade é fundamental para quem exerce cargo na administração, e quando se age com a falta dela, ou seja, o agente se torna ímprobo. Deve-se agir de imediato aplicando as sanções previstas na norma para manter a ordem pública da Administração Pública. Quem burla a LIA sofre proporcionalmente, em regra, das mesmas sanções que serão aplicadas de forma diferente.

Desta forma, preleciona o artigo 12 da Lei nº. 8.429/1992:

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

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder

Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

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

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.²⁹

Observando o artigo acima, é possível concluir como já foi citado anteriormente, que as sanções são basicamente as mesmas contidas nos três parágrafos, porém, a maneira que é aplicada em valores e tempo tem uma majoração em relação ao ato praticado. A LIA tenta assim ter uma sanção proporcional ao ato, como afirma Emerson Garcia:

A justa proporção entre sanção e o ilícito será encontrada a partir da identificação do ilícito de menor potencialidade lesiva, sendo cominada uma reprimenda compatível com sua natureza. Fixada a reprimenda mínima, deve-se seguir um critério de graduação crescente, majorando-se a sanção composta de valores variáveis, o que possibilitará a sua adequação a ilícitos de igual natureza, mas que apresentem gravidade extrínseca distinta, a qual variará em conformidade com a circunstância em que se desenvolver a ação.³⁰

Descrevendo as sanções impostas em decorrência das ações de improbidade, constata-se que a LIA é objetiva nas suas punições, não admitindo que sejam praticadas ilegalidades e que os agentes políticos venham se beneficiar desses atos para enriquecer, deixando a administração pública prejudicada. Assim, todo aquele que se beneficiar de um dano causado ao erário, seja ele agente público ou não, irá responder com o seu patrimônio até a totalidade do dano causado para o ressarcimento do Estado.

Para executar o ímprobo, como está escrito no Art. 7º da Lei 8.429/1992, é a autoridade administrativa a responsável por intimar o Ministério Público para oficializar a indisponibilidade dos bens.

[...] o art. 8º da Lei de Improbidade estabelece que “ 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”. Isso ressalta a inexistência de caráter penal da Lei de Improbidade. O Direito Penal tem como base o princípio

²⁹ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de jun. de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 fev. de 2016. Acesso em: 02/03/2015.

³⁰ GARCIA, Emerson *In*: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco: **Improbidade Administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 614.

constitucional da personalidade ou da responsabilidade pessoal, vale dizer, a punição, em matéria penal, não deve passar da pessoa que cometeu o ato tido como ilícito penal. Isso vem expresso no art. 5º, XLV, Tal dispositivo é dirigido, diretamente, às condenações penais. Interpretação diversa afrontaria o próprio Texto Constitucional.³¹

Devido a isto, entende-se que não há indisponibilidade de patrimônio para o ímprobo, e esclarece que mesmo com o óbito do agente, seu espólio responderá por sua conduta dolosa até a satisfação do dano causado, como previsto no Art. 8º da Lei 8.429/1992. Fica até mais claro no Art. 6º da Lei 8.429/1992 quando estabelece que o ato de enriquecimento ilícito se configurado, faz o agente perder tudo que capitalizou na prática do crime, inclusive a valoração do investimento que possa ter feito.

Em relação às punições, uma das mais rigorosas é a perda do cargo ou função pública que se ocupa, como afirma Emerson Garcia:

[...] é a sanção passível a aplicação a todos aqueles que exerçam, 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 referidas no art. 1º da Lei n. 8.429/1992, o que alcança os que desenvolvam determinada atividade pública em razão de concessão, permissão, autorização etc., devendo tal vínculo ser dissolvido.³²

Visualizando esta e observando que por vezes seu cargo público ou político, se trata do quem sabe, único meio de trabalho do imputado, onde o mesmo recebe ou não pra exercer uma função, que em tese é a forma que este contribui para seu desenvolvimento pessoal e social, ou seja, é a sua função no meio da sociedade. Desta forma, perdendo o seu cargo ou função, sua contribuição intelectual com a sociedade é findada. Tornando aquele um mero figurante na vida em sociedade, o que se faz clara a intenção da norma, que de fato usa este recurso para assegurar sua aplicação e seu efeito no agente público.

Outra hipótese de punição é a fixação do pagamento de multa civil nas três hipóteses elencadas na Lei de Improbidade, o cálculo utilizado para aplicação desta multa varia conforme o ato praticado. No caso do enriquecimento ilícito a multa é estipulada em até três vezes do rendimento total; no dano ao erário o valor é de até duas vezes; e na violação é de até cem vezes, tendo como referência a remuneração do agente. Resta ainda esclarecer que ao

³¹ LUCON, Paulo Henrique do Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; RECENA COSTA, Guilherme. **Improbidade Administrativa – Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 146.

³² GARCIA, Emerson *In*: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco: **Improbidade Administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 671.

depende do que foi praticado, as sanções podem ser aplicadas cumulativamente, o que agrava mais a circunstância do ímprobo.

Ao explicar estas punições que a Lei 8.429/1992 impõe a quem pratica o ilícito, se observa que ela tem um caráter garantidor da probidade na administração pública. O que explicita o real motivo de sua criação, ou seja, que veio para auxiliar completando uma seara que ainda não estava expressamente normatizada no ordenamento jurídico Brasileiro.

CAPÍTULO II – SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E O AGENTE ÍMPROBO

2.1 Quem pode ser punido pela LIA

No momento em que se analisa a Lei de Improbidade Administrativa, poderá haver a percepção momentânea de que sua aplicação se dá somente aos agentes políticos, todavia ela se aplica também a qualquer outro agente público, além disso o ato de improbidade praticado pode ser de forma direta ou indireta. Assim, além dos agentes públicos, pessoas estranhas a administração pública poderão responder pelo crime, como por exemplo, uma empresa que suborna o agente público para conseguir vencer uma licitação para prestar serviços a um órgão público, neste caso os dois responderão.

Além de abordar quais características são primordiais para ser um servidor público ou um prestador de serviços da administração pública, a Lei nº 8.429/92 é aplicada a quem comete ato de improbidade na administração.

Ademais, ao observar a aplicação da LIA, é perceptível que a maioria das sanções são aplicáveis a todos, sem distinção de cargo, função ou emprego, se for um agente direto ou indireto. Algumas poucas sanções é que vão ser diferentes, é caso do funcionário público, que terá sanções só aplicáveis a ele, todavia a norma não explicou qual será a classe de funcionários que receberá essa punição.

A norma é bem abrangente no que diz respeito a quem poderá responder por ela, o sujeito poderá ser passivo, como administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito público ou de privado), os Consórcios públicos de direito público e de direito privado, Concessionários e permissionários de serviços públicos (concessões comuns e Parcerias Público-Privadas), o Terceiro setor: Serviços Sociais Autônomos, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse público, Sindicatos e Partidos Políticos.³³

Há também os sujeitos ativos, que são os Agentes públicos de direito e agentes públicos de fato, Agentes políticos (os membros do executivo e legislativo), Membros da

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 29-71.

Magistratura, do Ministério Público, e dos Tribunais de Contas, Militares, Empregados e dirigentes de concessionárias de serviços públicos, Advogados, Notários e registradores, Terceiros e Pessoas Jurídicas.³⁴

Visualizando a aplicação desta norma, há uma impressão que esta desejava ser a mais plural possível, garantindo que todo aquele que a sua atividade fosse à Administração Pública ou de alguma maneira concorresse com o serviço público não ficasse a par de sua aplicabilidade. Assim, a norma certificou-se que na falta de probidade no serviço público ela irá ser usada para punir os culpados.³⁵

Desta forma, até o mais afastado colaborador da Administração está sujeito a LIA, o que é interessante para toda sociedade brasileira, pois é difícil em um país que ainda traz em sua fórmula de governo traços da monarquia, ditadura, divisão de classes e que carrega consigo um modelo de justiça que até então não punia com graves sanções quem ferisse o sistema, deixando de lado a moralidade com o poder público por demandas pessoais.³⁶

É importante destacar que legislador criou a LIA com uma interpretação jurídica simples, sendo possível identificar de forma clara as condutas tipificadas e as sanções, e ainda, trouxe uma dosimetria, que aplica a sanção de acordo com o ato/dano praticado, a intenção do agente na conduta para trazer o resultado final e a punição que deverá ser imputada ao agente.

As aplicações das sanções são conforme a maneira e o ato que se cometeu, conforme mencionado anteriormente, independente de quem o praticou. Como este trabalho visa a analisar o caso do agente político, mas especificamente o prefeito, neste caso todas as sanções serão aplicadas de acordo com a conduta praticada, mas se ele praticar mais de um ato de improbidade, só lhe será aplicada a mais grave. Exemplo disso é quando um prefeito comete o dano ao erário e enriquecimento ilícito, ele só receberá a sanção do enriquecimento ilícito que é a mais grave.

É bom saber da igualdade no tratamento de uma norma entre agente público e político, é relevante também se ater ao fato que o prefeito responde por improbidade da

³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. pp. 29-71.

³⁵ LUCON, Paulo Henrique do Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; RECENA COSTA, Guilherme. **Improbidade Administrativa – Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. pp. 4-5.

mesma forma que, por exemplo, o encarregado de secretaria de obras do município. Então ambos poderão receber as seguintes punições: suspensão dos direitos políticos por até 10 anos; a proibição de contratar com a administração pública por até 10 anos; a indisponibilidade de seus bens até o limite do dano que causou, levando em consideração que mesmo com a sua morte os seus bens, no caso seu espólio, responderão até o limite do dano causado; multa civil que poderá chegar a 3 vezes o valor total do dano, e poderá perder o cargo que ocupar.³⁷

Para o político a mais severa sem dúvidas é a sanção da suspensão de direitos políticos, por tirar deste a capacidade de exercer a função pública que tanto almejou. Disputou um pleito e obteve a vitória e o crédito da população, da soberania popular pra exercer mandato eletivo. Assim, observasse que a sanção é danosa e até fere a soberania popular por a partir de uma decisão cautelar do judiciário em primeira instância, conforme o parágrafo único do art. 20 da LIA³⁸, poder ser suspenso o mandato obtido após toda burocracia da legislação eleitoral e pela vontade popular.

Ademais, a LIA prevê em seu art. 23 o prazo para prescrição dos crimes de improbidade. O prazo é de 5 anos contados a partir do fim do mandato, no caso dos agentes políticos. Assim, afirma o referido artigo: “As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; [...]”³⁹.

E ainda, as ações que versem sobre o ressarcimento ao Erário são imprescritíveis, de acordo com o §5º do art. 37 da Constituição Federal: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”⁴⁰, assim não é estabelecido prazo para prescrição do ressarcimento, podendo ainda, em caso da morte do devedor, o seu espólio responder até o limite da vantagem obtida em prejuízo do Estado.

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 81-82.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de jun. de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 fev. de 2016.

³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2016.

2.1.1 Agentes Públicos (Políticos)

A expressão é normalmente utilizada no plural, ou seja, ela é ampla para poder indicar de forma genérica e indistintamente todas as pessoas físicas que sirvam ao Poder Público⁴¹. Assim, o presidente, os governadores, os prefeitos ou servidores da administração direta e indireta, como por exemplo, os de empresas de economia mista, empresas públicas, autarquias etc., enquanto estejam desempenhando função estatal são agentes públicos.

Há necessidade de uma divisão entre os referidos agentes, e esta divisão é feita entre agente públicos de direito e agentes públicos de fato, e estes têm vínculo formal e legítimo com o Estado. Todavia, só os agentes de direito são regularmente investidos do cargo, para os de fato não existe investidura prévia de cargo.⁴²

Como o tema central deste trabalho destaca os Agentes Políticos, será necessário direcionar o estudo para estes agentes, mais especificamente o chefe do executivo municipal, o prefeito. Desta feita, toda vez que for mencionada, neste trabalho, a expressão Agentes Políticos, estará se referindo única e exclusivamente ao Prefeito.

Assim, entre os agentes públicos de direito estão os políticos, estes ficam investidos em cargos com mandato temporário. Eles só estarão sob a tutela das prerrogativas do serviço público enquanto estiverem defendendo seus mandatos, pois é uma característica desses servidores a transitoriedade, porque quando são investidos no cargo por meio de eleição, há um período predeterminado para o fim do seu mandato. Da mesma forma, os agentes que são indicados para cargos de comissão, pois só exercerão a função durante o mandato ou até quando quem lhe indicou permanecer no cargo, e se desejar que permaneça trabalhando ao seu lado .

Bandeira de Mello define o que é agente político:

[...] titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 243.

⁴² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 617.

e Secretários das diversas Pastas, bem como Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.⁴³

Tratando-se das formas de ingresso a cargos públicos, poderá ocorrer por meio de eleição, que é o caso, por exemplo, dos Chefes do Executivo e dos Parlamentares. Outra forma de ingresso é a nomeação, que ocorre através de indicação de indivíduos pelos agentes que são eleitos, para ocupar os cargos de comissão que ficam sob a sua livre tutela de nomeação e exoneração, a exemplo dos Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais.⁴⁴

Cabe ao Agente Político quando nomear alguém para ocupar um cargo de comissão, observar se este atende os requisitos necessário para preenchimento do cargo, tendo em vista que muitos deles por sua importância tem critérios específicos e constitucionais a serem atendidos. Um exemplo é o cargo de Ministro da Defesa que só poderá ser assumido por brasileiro nato, ou seja, mesmo de livre nomeação esse necessita atender norma específica, conforme o art. 12, §3º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988: “São privativos de brasileiro nato os cargos de Ministro de Estado da Defesa”.⁴⁵

Assim, todo agente político ao ingressar em mandato eletivo tem a responsabilidade de observar critérios nas suas indicações e as executar atendendo os critérios da Administração Pública.

2.1.2 Regimes Próprios do Prefeito

Em relação ao regime jurídico dos agentes políticos, pode-se observar que esses são diferentes dos demais servidores, pois não há uma relação contratual, o seu vínculo com o Estado é de natureza política e não profissional, sendo assim, estatutários, conforme preleciona a autora Fernanda Marinela.⁴⁶

Portanto o vínculo do Prefeito é político e não administrativo, são eleitos pelo voto direto juntamente com o vice-prefeito, e em caso de ausência de ambos, a função será exercida pelo Presidente da Câmara Municipal. “Em virtude da impossibilidade de que cada

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246-247.

⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 618.

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. de 2016.

⁴⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 621

membro da organização política participe de forma direta da administração estatal, foi construída a teoria da representação, em que cidadãos são eleitos pelo voto direto para exercerem um mandato em nome do povo.”⁴⁷.

Para exercer o cargo de Prefeito algumas das exigências, de acordo com o art. 14, §3º, da CF/88, é ter domicílio eleitoral na respectiva circunscrição onde pretende pleitear o cargo por no mínimo um ano antes da eleição; filiar-se a um partido político até o dia 31/03 do ano do pleito, conforme a reforma eleitoral da Lei nº 13.165 de 2015; ser alfabetizado e; ter no mínimo 21 anos completos até a data de posse. Estas são as regras gerais⁴⁸.

Há também os casos de servidores públicos efetivos, contratados e comissionados que têm a necessidade de pedir sua exoneração ou licenciamento para concorrer a algum cargo nas eleições. No entanto, os membros do Poder Legislativo têm a faculdade de concorrer sem a obrigação de licenciar-se do cargo que ocupa, uma vez que a Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 64/90 não os obrigam.

Desta feita, obedecendo às regras estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, qualquer pessoa estará apta a concorrer ao cargo de Prefeito nas eleições.

2.2 Sanção de Suspensão dos Direitos Políticos

O Constituinte, na construção da Carta Magna previu casos em que o brasileiro nato poderia ter suspensos os seus direitos políticos, já que é vedado no Brasil a sua cassação definitiva, de acordo com o seu art. 15.⁴⁹

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - **improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, § 4º.

Assim fica claro o intuito do legislador em preservar o direito do cidadão, que só poderá ter suspenso os seus direitos políticos em casos extremos, por ser de vital

⁴⁷ AGRA. Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 331.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2016.

⁴⁹ Idem, ibidem.

importância na vida de qualquer indivíduo, pois cidadão é aquele que pode votar. Mas conforme Pinto Ferreira “[...] a suspensão não implica automaticamente na perda ou suspensão da qualidade de cidadão, mas tão-só a suspensão da cidadania ativa ou do gozo dos direitos políticos”⁵⁰.

A Lei 8.429/92 tenta coibir a improbidade com sanções que deixam o agente político com receio de praticar algumas das condutas tipificadas por ela, por medo de ter os seus direitos políticos suspensos, pois é a pior punição para um agente político. Assim é “(...) necessário torná-la conhecida do público e de fácil compreensão para que os cidadãos pudessem discernir e fiscalizar os atos dos gestores públicos e cobrar-lhes zelo e honestidade no trato com o erário e a coisa pública”⁵¹.

Ao se deparar com esta afirmação, compreende-se que ao criar a norma houve a intenção do legislador de que toda a população obtivesse o conhecimento dela, e que sua letra estivesse mais próxima do cidadão comum, pois ele teria o papel de conseguir coloca-la em prática e distinguir o que é ou não improbidade na conduta de um agente público ou político. Deste modo, a norma sendo de fácil compreensão ajuda o cidadão a assumir o papel de fiscalizador, conseguindo observar e vincular o que está na norma e o que deveria o agente praticar.

A participação cidadã utiliza-se não apenas de mecanismos institucionais já disponíveis ou a serem criados, mas os articula com outros mecanismos e canais que se legitimam pelo processo social; não nega o sistema de representação, mas busca aperfeiçoá-lo, exigindo a responsabilização política e jurídica dos mandatários, o controle social e transparência das decisões (prestação de contas, debate público), tornando mais frequentes e eficazes certos instrumentos de participação semidireta (plebiscito, referendo, iniciativa popular de projeto de lei, democratização dos partidos).⁵²

Desse modo, entendeu-se que quis o legislador dar ao cidadão a capacidade de conhecer e influenciar na fiscalização e execução da LIA, talvez por entender que para o seu

⁵⁰ PINTO, Ferreira. **A Suspensão os Direitos Políticos e Seus Efeitos**. R evista dos Tribunais Online, ago. 2011. Disponível em: <[⁵¹ CARVALHO, Gilda Pereira de. *In*: BARBOZA, Márcia Noll. **Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa - Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992**. 2 ed. Brasília: ESMPU, 2013. p. 7.](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc60000015aed56fe9becdb735d&docguid=I46cc9400629f11e194bf000085592b66&hitguid=I46cc9400629f11e194bf000085592b66&spos=1&epos=1&td=4000&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 15 dez. de 2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁵² TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **As Dimensões da Participação Cidadã**. Caderno CRH, Salvador, jan/dez 1997. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/18669/12043>>. Acesso em: 15 dez de 2016.

funcionamento eficaz havia a necessidade da participação da população. Por essa razão e por outras, se dar uma resposta de que é de fundamental importância a participação do povo no curso do processo de gerência do estado, pois a população entende que por não ter papel de destaque na execução ou criação de normas, não tem necessidade de fiscalizar, e assim deixa a cargo dos órgãos fiscalizadores. Porém, neste caso, o cidadão tem a função de cobrar a probidade dos agentes, desta forma pode conseguir uma melhor aplicação e norma.

O conteúdo dessa lei é relevante para os cidadãos, porque dispõe sobre as sanções e contém a descrição das condutas dos agentes públicos que enriqueceram, que causaram danos ao patrimônio público e que violaram os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade para com o Estado.⁵³

No artigo 12 da Lei nº 8.429/92 é previsto nos seus incisos, além de outras sanções para quem pratica ato de improbidade, a suspensão dos direitos políticos, variando o prazo da suspensão, que poderá ser de 3 (três) a 10 (dez) anos de acordo com o ato de improbidade praticado. Afirma o referido artigo que “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”⁵⁴.

A gravidade desta sanção fica evidente quando se observa a repulsa gerada por ela em vários questionamentos sobre a sua constitucionalidade ou não, a exemplo da ADI nº 2182. Ademais, ao observa-la de forma geral, uma norma que na década de noventa vislumbrava que a prática do ilícito na Administração Pública não necessitaria de um rol de condutas amplo, mas de um rol simples e direto. Sua subdivisão não deixou desproporcional a punição do agente por se tratar de uma divisão da forma com que o ímprobo concorreu para o resultado, da finalidade que o levou a prática do ilícito, e da sua incapacidade que trouxe a administração prejuízos.⁵⁵

Esta forma de sanção de direitos políticos não é exclusividade da LIA, há também outras normas que a preveem, como a Lei Complementar nº 135/2010, mas conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, a Lei nº 1.079/1950, conhecida como Lei de Responsabilidade e o

⁵³ CARVALHO, Gilda Pereira de. *In*: BARBOZA, Márcia Noll. **Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa - Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992**. 2 ed. Brasília: ESMPU, 2013. p. 7.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 5 jul. 2016.

⁵⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.p 22.

Decreto de Lei nº 201/1967, que foi criado para definir os crimes de responsabilidade cometidos, exclusivamente, por prefeitos e vereadores.

2.2.1 Ficha Limpa

A Lei da Ficha limpa (Lei Complementar nº 135/2010) é uma das normas que foram editadas para punir políticos condenados ou que estejam respondendo a processo na justiça brasileira por qualquer crime. A norma prevê que políticos nessa situação não podem concorrer a nenhum cargo eletivo.

Art. 1º Esta Lei Complementar altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências.

Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; [...].⁵⁶ (grifos nossos).

Ao analisar a norma supramencionada, é evidente que esta se direciona para quem responde a um processo judicial que já tem sentença condenatória em primeiro grau ou aquele que já foi condenado em processo que já transitou em julgado.

A Lei da Ficha Limpa padroniza o tempo de Suspensão dos Direitos Políticos, pois em todos os caso o afastamento será de 8 (oito) anos:

[...] Lei da Ficha Limpa alterou de maneira muito radical os limites impostos pela lei das inelegibilidades (LC n. 64/90), pois ampliou as hipóteses de incidência, antecipou os seus efeitos da inelegibilidade (dispensando o trânsito em julgado) e ampliou (e unificou) sua incidência (todos os prazos de inelegibilidade passaram a ser de oito anos).⁵⁷

Esta Lei é um obstáculo à candidatura de agentes políticos com questões processuais pendentes perante o Judiciário, é sabido que ela nasceu da iniciativa popular, a partir de uma

⁵⁶ BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de Junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 2 jan. 2016.

⁵⁷ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno. **O STF flexibilizou a Lei da Ficha Limpa?**. JOTA, 22 jul. 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-o-stf-flexibilizou-lei-da-ficha-limpa-22072016>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

Campanha da Ficha Limpa⁵⁸, que por meio de manifestações exigia maior rigor para se ter o direito de pleitear um cargo público e ao mesmo tempo combater a corrupção.

2.2.2 Crime de Responsabilidade

Na Lei nº 1.079/50 (Lei de Responsabilidade) há previsão da sanção de suspensão de direitos políticos, assim como na LIA, mas com uma certa diferença, pois a Lei de Responsabilidade só é aplicável ao Presidente da República, Ministro de Estado, Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Governadores e a Lei de Improbidade administrativa a qualquer Agente Público.

Art. 2º da Lei nº 1.079/50. Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.⁵⁹

Está expresso na norma que podem ser feitas denúncias por crime de responsabilidade, mas a esta denúncia só poderá ser recebida enquanto o político estiver ocupando o cargo no qual em seu exercício cometeu o crime, de acordo com os artigos 14 e 15 da Lei nº 1.079 de 1950.

Art. 14. É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.⁶⁰

No art. 2º da norma em comento, fica suspenso os direitos políticos do agente por até cinco anos, mas a própria norma dispõe que só ficarão sob a sua tutela os chefes do executivo federal e estadual assim como os parlamentares em nível federal e estadual. Desta forma, em âmbito municipal fica a cargo do Decreto-Lei nº 201/67, que foi criado de forma específica

⁵⁸ MERELES, Carla. **Entenda a Lei da Ficha Limpa**. Politize, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/lei-da-ficha-limpa-entenda/>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de Abril de 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 2 jan. 2017.

⁶⁰ Idem, ibidem.

para versar sobre o chefe do executivo municipal e vereadores, e poderá ser até mais severo em suas punições do que a própria Lei de Responsabilidade, Conforme Rafael Soares:

Por isto, decidiu o STJ que, como o Decreto-Lei n.º 201/67, disciplina os crimes de responsabilidade dos agentes políticos (prefeitos e vereadores), punindo-os com rigor maior do que o da lei de improbidade, conclusivamente, os fatos tipificadores dos atos de improbidade administrativa não podem ser imputados aos agentes políticos, salvo através da propositura da correspondente ação por crime de responsabilidade.⁶¹

O art. 1º do Decreto-Lei criado para tratar dos crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores, elenca quais são as condutas tipificadas.

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

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

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

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município a Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos;

VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título; [...].

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.⁶²

Há sanções iguais no decreto, nas leis de improbidade e responsabilidade, mas, o Decreto-lei prevê uma pena diferente, a pena de prisão. No decreto a previsão de prisão do

⁶¹ BORBA, Raphael Soares Moreira Cesar. **A aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3058, 15 nov. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20416>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁶² BRASIL. **Decreto-Lei nº 201, De 27 De Fevereiro De 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 17 out. de 2016.

Agente Político está em seu art. 1º, §1º, que prevê pena de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão por prática de crime de responsabilidade.

Após a criação da Lei de Improbidade Administrativa houve questionamentos sobre a sua aplicabilidade para o Agente Político Prefeito, pois houve a criação de um decreto especial para aquele que cometer crime contra a administração, e assim a nova norma está tratando de mais um caso de *bis in idem*, já que o Decreto-Lei fora criado antes e aborda a mesma temática que a lei nova, cabendo em seu texto até a reclusão do agente.

Ademais, a Lei da Ficha Limpa, a Lei de Responsabilidade e a Lei de Improbidade Administrativa. A partir desta análise notou-se que a Lei da Ficha Limpa possui um texto de fácil compreensão por ser uma norma que foi editada por consequência de uma iniciativa popular, e em tese está só será aplicada a quem responde por algum processo judicial, já a Lei 1.079/50 e o Decreto 201/67 tem a finalidade de atingir os agentes políticos, assim não incluindo um rol amplo de possíveis responsáveis como a LIA.

Enfim, a ação de improbidade administrativa tem por finalidade justamente a efetiva punição dos atos ímprobos, através de mecanismos de controle jurisdicional. Poder-se-ia dizer que há outros mecanismos no sistema que têm a mesma finalidade, como é o caso da ação popular, ação civil pública e mesmo ações penais comuns e ações por crime de responsabilidade.⁶³

A Lei de Improbidade Administrativa, portanto, não diferencia agente público ou político, estes estão submetidos a ela em igualdade na aplicação de suas sanções, que são idênticas para qualquer agente que seja enquadrado nela.

Por fim, o Prefeito poderá responder por improbidade e crime de responsabilidade conjuntamente, pois a sua aplicação não ocorre pelas mesmas condutas, apesar de o Decreto que regula o crime de responsabilidade do Prefeito mencionar a probidade administrativa. Exemplo dessa possibilidade, é o ajuizamento de ação de improbidade administrativa do Prefeito de Mirandiba-PE pelo Ministério Público Federal⁶⁴, que, ainda, pediu condenação por crime de responsabilidade contra o Prefeito de Mirandiba-PE. A respeito da Lei da Ficha Limpa⁶⁵, esta poderá ser utilizada independentemente da aplicação da normas em comento,

⁶³ LUCON, Paulo Henrique do Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; RECENA COSTA, Guilherme. **Improbidade Administrativa – Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

⁶⁴ BRASIL. Procuradoria Geral da República. **MPF processa ex-prefeito de Mirandiba (PE) por improbidade e crime de responsabilidade**. Disponível em: <<https://pgr.jusbrasil.com.br/noticias/144443173/mpf-processa-ex-prefeito-de-mirandiba-pe-por-improbidade-e-crime-de-responsabilidade>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁶⁵ BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de Junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 2 jan. 2016.

pois a intenção é que o agente que tenha alguma condenação judicial não concorre a nenhum cargo ou função pública.

CAPÍTULO III – O AFASTAMENTO CAUTELAR DO AGENTE POLÍTICO E A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

3.1 Cautelar de Suspensão dos Direitos Políticos

Conforme já fora mencionado anteriormente, é vedada a cassação de direitos políticos e sua perda ou suspensão só pode acontecer se ocorrer alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 15 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: por cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado (I); por incapacidade civil absoluta (II); quando houver condenação criminal com trânsito em julgado enquanto durar seus efeitos (III); se houver recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa na forma do art. 5, VIII (IV); e por Improbidade Administrativa de acordo com o art. 37, § 4º (V).⁶⁶

Ao analisar o artigo da Carta Magna supramencionado, concluiu-se que a única forma de ter os seus direitos políticos cassados é quando há cancelamento de naturalização, e ainda, com o trânsito em julgado desta. Portanto, pode-se observar, também, que o brasileiro nato não poderá sofrer a cassação desses direitos, apenas poderá tê-los suspensos, ou seja, é uma perda momentânea:

Diferentemente do que ocorre com a sentença penal, na sentença cível da ação de improbidade administrativa a suspensão dos direitos políticos deve constar expressamente da sentença, não sendo um efeito imediato e automático de sua mera prolação. Dessa forma, se o juiz não decidir expressamente pela suspensão dos direitos políticos, essa sanção não será aplicada ao réu, não precisando, entretanto, especificar quais os direitos que estarão suspensos, já que a previsão legal contempla todos os direitos políticos. A exemplo da perda da função pública, a aplicação dessa sanção depende do trânsito em julgado, nos termos do artigo 20.⁶⁷

Nestes termos é necessário que o julgador além de tipificar o ato que cometeu o Agente Político, analisando como este agiu com falta de probidade administrativa e o modo com que concorreu para a execução deste, também coloque em sua decisão de forma clara e objetiva o pedido de suspensão.

⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10/01/2017.

⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 221.

Em razão da gravidade desta sanção, é mister que a propositura da ação de improbidade administrativa seja feita com propriedade, com segurança, com responsabilidade, quando se tem provas robustas e cabais, para evitar a suspensão de direitos políticos de forma injusta, pois causa um efeito extremamente danoso na carreira daqueles que militam na área pública.

É sabido que essa suspensão em primeiro momento tem natureza cautelar, assim não é de caráter definitivo, é feita dessa forma por tentar preservar as provas do ato ilícito, pois entende o julgador que o fato de continuar no exercício do mandato sob investigação o agente irá atrapalhar as investigações.

Afirma-se que o afastamento do cargo, função ou emprego, previstos no parágrafo único do art. 20 da LIA⁶⁸ é uma tutela de urgência cautelar, apesar de parecer mais uma tutela antecipada. A tutela de urgência cautelar prevista no Código de Processo Civil deve ser utilizada para assegurar o resultado útil do processo⁶⁹, ou seja, para garantir que ao final do processo a decisão possa ser cumprida.

Observe o exemplo utilizado por Alexandre Freitas Câmara:

Chama-se tutela cautelar à tutela de urgência do processo, isto é, à tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade. Pense-se, por exemplo, no caso de um devedor que, antes de vencida sua dívida, tente desfazer-se de todos os bens penhoráveis. Não obstante a alienação desses bens não comprometa a existência do direito de crédito, certo é que o futuro processo de execução não será capaz de realizar na prática o direito substancial do credor se não houver no patrimônio do devedor bens suficientes para a realização do crédito. Verifica-se, aí, uma situação de perigo para a efetividade do processo, isto é, para a aptidão que o processo deve ter para realizar na prática o direito substancial que efetivamente exista (podendo-se falar, aí, em perigo de infrutuosidade).⁷⁰

A tutela de urgência antecipada (satisfativa) diferentemente da cautelar, não é utilizada para resguardar um direito a ser adquirido ao final do processo, mas ela serve para antecipar os efeitos da decisão.

Como ensina a melhor doutrina, a tutela antecipada é espécie de tutela de urgência que antecipa os efeitos práticos da tutela a ser concedida definitivamente, de forma a

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 De Junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

⁶⁹ CÂMARA. Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 177.

⁷⁰ Idem, ibidem, p. 177.

criar uma situação fática idêntica àquela que será criada com a vitória definitiva da parte (trânsito em julgado da decisão de procedência).⁷¹

Câmara também exemplifica esta segunda tutela:

Já a tutela de urgência satisfativa (tutela antecipada de urgência) se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade). Pense-se, por exemplo, no caso de alguém postular a fixação de uma prestação alimentícia, em caso no qual a demora do processo pode acarretar grave dano à própria subsistência do demandante. Para casos assim, impõe-se a existência de mecanismos capazes de viabilizar a concessão, em caráter provisório, da própria providência final postulada, a qual é concedida em caráter antecipado (daí falar-se em tutela antecipada de urgência), permitindo-se uma satisfação provisória da pretensão deduzida pelo demandante.⁷²

Ao analisar a intenção das duas tutelas, pode ser observado que o afastamento provisório tem natureza antecipada ou cautelar, como afirma a doutrina? Se ao final do processo de improbidade administrativa a sanção a ser aplicada em caso de condenação do agente político é a suspensão dos direitos políticos, então, se essa suspensão é aplicada antes do julgamento só pode estar sendo utilizada a tutela satisfativa, uma vez que a cautelar não antecipa os efeitos da tutela.

De outra sorte, o *caput* do art. 20 da LIA dispõe que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Desta forma o *caput* e o parágrafo único do mesmo artigo estão em confronto, tendo o legislador sido infeliz no momento da criação da norma, pois o primeiro diz que o agente poderá ser afastado quando for necessário a instrução processual, e o segundo diz que a suspensão dos direitos só ocorrerá após o trânsito em julgado.

Além de contrariar o que prevê o próprio artigo, o afastamento antecipado fere também a Constituição Federal, pois em seu art. 5º, inciso LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷³. Assim, a suspensão dos direitos políticos antecipadamente, mesmo que para instrução probatória, nada

⁷¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 270.

⁷² CÂMARA. Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 177.

⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. de 2016.

mais é do que uma afronta aos direitos e garantias fundamentais, pois o réu poderá ficar afastado por tempo indeterminado, já que não está previsto prazo em seu texto.

Partindo do pressuposto que o referido afastamento tem natureza cautelar, para que ele seja concedido é necessário preencher dois requisitos, quais sejam: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Estes requisitos do processo civil brasileiro tem certas peculiaridades no procedimento da lei de improbidade, pois essa é uma cautelar probatória, ou seja, que visa assegurar a produção de provas durante a instrução processual.⁷⁴

Há divergência na doutrina se há ou não *fumus boni iuris* neste tipo de medida cautelar, Daniel Amorim Assumpção Neves defende a existência:

Nas cautelares probatórias existe divergência doutrinária a respeito da exigência ou não do *fumus boni iuris*. Como já tive oportunidade de defender, o *fumus boni iuris* será exigido como em qualquer outra medida cautelar, mas com a importante singularidade: enquanto nas cautelares em geral o *fumus boni iuris* diz respeito à probabilidade de o direito material existir, nas cautelares probatórias diz respeito ao direito à prova, em nada se referindo ao direito material. Dessa forma, o requisito é facilmente preenchido no caso concreto, bastando ao autor demonstrar que tem o direito a produzir determinada prova.⁷⁵

O *periculum in mora* neste tipo de cautelar, ou seja, na cautelar probatória também tem peculiaridades. O perigo da demora aqui é o da produção de provas. “Significa dizer que, havendo perigo de a prova não poder ser produzida em seu momento regular (fase de instrução do processo de conhecimento), a parte se valerá de uma antecipação temporal em sua produção”⁷⁶. Enfim, a doutrina defende que o perigo se caracterizará não só pela demora na produção de provas, mas também pode acontecer por causa do agente, este poderá intimidar uma testemunha, ocultar uma prova, entre outras.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça defende que essa “cautelar” só poderá ser utilizada se houver indícios de que o réu esteja realmente dificultando a instrução probatória, e ainda, requer que seja atribuído um prazo máximo entre 120 (cento e vinte) e 180 (cento oitenta dias).

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. AFASTAMENTO DO CARGO DE PREFEITO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. A norma do art. 20,

⁷⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 271.

⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 271.

⁷⁶ Idem, *ibidem*, pp. 271-272.

parágrafo único, da Lei nº 8.429, de 1992, que prevê **o afastamento cautelar do agente público durante a apuração dos atos de improbidade administrativa, só pode ser aplicada em situação excepcional**. Hipótese em que a medida foi fundamentada em elementos concretos a evidenciar que a permanência no cargo representa risco efetivo à instrução processual. **Pedido de suspensão deferido em parte para limitar o afastamento do cargo ao prazo de 120 dias. Agravo regimental não provido.**⁷⁷ (grifos nossos).

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. AFASTAMENTO DO CARGO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. A norma do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429, de 1992, que prevê **o afastamento cautelar do agente público durante a apuração dos atos de improbidade administrativa, só pode ser aplicada em situação excepcional**. Hipótese em que a medida foi fundamentada em elementos concretos a evidenciar que a permanência no cargo representa risco efetivo à instrução processual. Pedido de suspensão deferido em parte para **limitar o afastamento do cargo ao prazo de 180 dias**. Agravo regimental não provido.⁷⁸ (grifos nossos).

Como pôde ser observado, os julgados acima colocam como pressuposto para o afastamento cautelar situações excepcionais, e ainda, impõe um prazo para o fim do afastamento. A falta de prazo para o fim do afastamento, pode ter sido um erro do legislador ou sua intenção, e assim, o judiciário tem que suprir essa falta. Se a cautelar é meramente probatória porque não há um prazo que ela termine? Assim, parece mais uma antecipação de tutela, uma vez que sem prazo para o fim do afastamento, o réu ficará fora do cargo, provavelmente, até o final do processo.

A aplicação do referido parágrafo está sendo tão prejudicial aos agentes políticos e bastante contestada, que já existe um projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados para alterá-lo, cuja conteúdo corrobora com a tese do STJ, pois limita a afastamento do cargo a 180 dias. Além de delimitar o período de afastamento, esse só poderá ser concedido por decisão colegiada.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Dê-se ao parágrafo único do art. 20 a seguinte redação:

“Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. Poderá haver o afastamento, **limitado a 180 (cento e oitenta) dias, por decisão colegiada, pela autoridade judicial competente**, do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.⁷⁹ (grifos nossos).

⁷⁷ BRASIL. STJ. **AgRg na SLS: 1442 MG 2011/0232820-0**, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 24/11/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 29/02/2012.

⁷⁸ BRASIL. STJ. **AgRg na SLS: 1498 RJ 2011/0310245-0**, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 15/02/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 26/03/2012.

⁷⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL nº 5598/2016**. Altera dispositivos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cuja finalidade é impedir a indevida interferência do Poder Judiciário, evitando a alternância

Em apenso a esse projeto existe outro proposto pelo Senado Federal, e este defende apenas que o afastamento só poderá ocorrer por julgamento de órgão colegiado.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 20 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 20.

§ 1º A autoridade judicial ou administrativa competente poderá, observado o § 2º, determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo de remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

processual.

§ 2º **No caso de titular de mandato eletivo, o afastamento só poderá ser determinado por órgão colegiado judicial.”** (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.⁸⁰ (grifos nossos).

Os projetos supramencionados foram propostos em 2016 e 2015 respectivamente, com a intenção de inserir um prazo para o fim do afastamento cautelar, e assim, evitar que o judiciário tenha que resolver essa lacuna da norma.

3.2 A Ação de Improbidade e o Novo Código de Processo Civil

Apesar de não ter sido expresso na Lei nº 8.429 de 1992, o Código de Processo Civil - CPC deve ser aplicado subsidiariamente nas ações de improbidade administrativa, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ que consta no REsp: 1098669 GO 2008/0225509-9, sob a relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JUNTADA DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. **APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ARTS. 19 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 90 DO CDC. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 326 E 398 DO CPC. DIES A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA EM QUE O FATO SE TORNA CONHECIDO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 23, II, DA LEI 8.429/90. FATO ILÍCITO. PRAZO. 5 ANOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há conhecer de

de poder e os prejulgamentos, adequando, inclusive, ao conceito criado na Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=014EBD3AF2A6242F94707C9E545EADFE.proposicoesWebExterno1?codteor=1468406&filename=PL+5598/2016>. Acesso em: 19 mar. de 2017. Texto Original.

⁸⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 475/2015**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para prever que o afastamento cautelar de titulares de mandato eletivo só possa ser determinado por órgão colegiado judicial. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122306>>. Acesso em: 19 mar. de 2017.

matéria não analisada pelas instâncias ordinárias, em face da ausência do necessário prequestionamento da questão suscitada. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal. 2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso. **3. Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei 8.429/92, nos termos dos arts. 19 da Lei 7.347/85 e 90 da Lei 8.078/90.** 4. O reconhecimento da prescrição sem a prévia oitiva do autor da ação civil pública implica ofensa aos arts. 326 e 398 do CPC. 5. Cumpre ao magistrado, em observância ao devido processo legal, assegurar às partes paridade no exercício do contraditório, é dizer, no conhecimento das questões e provas levadas aos autos e na participação visando influir na decisão judicial. 6. O dies a quo, nos termos do art. 142, § 1º, da Lei 8.112/90 é a data em que a Administração Pública tomou ciência do fato. 7. O art. 23, II, da Lei 8.429/92 estabelece o "prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego". 8. "...havendo ação penal e ação de improbidade administrativa ajuizadas simultaneamente, impossível considerar que a aferição do total lapso prescricional nesta última venha a depender do resultado final da primeira demanda (quantificação final da pena aplicada em concreto), inclusive com possibilidade de inserção, no âmbito cível-administração, do reconhecimento de prescrição retroativa" (REsp 1.106.657/SC). 9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para, afastando a prescrição, determinar o regular curso do processo.(grifos nossos).⁸¹

Malgrado o julgado supramencionado tenha ocorrido na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento permanece, uma vez que o atual CPC dispõe em seu art. 15 que na falta de normas que regulem os processos administrativos, ele será utilizado supletivamente e subsidiariamente, observe-se: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.⁸²

Com o advento do novo diploma processual pode surgir a dúvida: a partir de quando ele começara a ser introduzido nos processos administrativos e conseqüentemente nas ações de improbidade administrativa? Pois bem, a partir do início da vigência dessa nova norma os processos que estavam em andamento tiveram-na aplicada imediatamente, salvo os atos processuais já praticados, tendo em vista que a lei processual não poderá retroagir, de acordo com o art. 14 do CPC/2015: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.⁸³

81 BRASIL. STJ. REsp: 1098669 GO 2008/0225509-9, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2010

82 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jan. de 2017.

83 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jan. de 2017.

A o afastamento cautelar previsto no art. 20, parágrafo único da LIA, por exemplo, utiliza como base o Código de Processo Civil. No novo diploma processual houve algumas mudanças quanto as tutelas provisórias de urgência, mas os requisitos da tutelas de urgência cautelar como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que nada mais são do que “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, dispostos no art. 300 do CPC/2015.

O Novo Código de Processo Civil criou um capítulo intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, este é composto por 12 artigos que dispõe sobre princípios e regras, dentre eles encontram-se até transcrições da Constituição Federal de 1988. Entretanto o seu art. 3º, §3º, não poderá ser utilizado nas ações de improbidade, pois o art. 17 da Lei nº 8.429/1992 veda a transação, acordo ou conciliação neste tipo de ação, conforme já fora mencionado.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.⁸⁴

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.⁸⁵

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.(grifos nossos).

Outrossim o art. 334 do CPC/15, que é concretização do que prevê o §3º do art. 3º do mesmo diploma, dispõe que não será realizada audiência de conciliação ou mediação quando não for admitido autocomposição.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.⁸⁶(grifos nossos).

84 Idem, ibidem.

85 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 jan. de 2017.

Enfim, esses são alguns dos pontos do Novo CPC que interferem nas ações de improbidade administrativa a serem considerados neste momento de transição, pois o referido diploma acaba de nascer e é preciso de um tempo para que tudo se encaixe, ainda não há doutrina consolidada tão pouco jurisprudência, aos poucos os processos administrativos vão se adequando a essa nova fase do processo brasileiro, pois a prática é quem vai ajustando os caminhos.

3.3 O Projeto do Afastamento Cautelar

Como mencionado anteriormente, neste trabalho, uma das sanções sofridas pelo agente político que comete ato de improbidade administrativa é a suspensão dos direitos políticos, desta forma, será analisado se é justo que a referida sanção seja aplicada por decisão cautelar monocrática. Importante salientar, que não se está defendendo a não suspensão dos direitos políticos, mas que esta seja feita somente com o trânsito em julgado, para evitar que a pena seja aplicada antes da condenação, pois a cautelar disciplinada no parágrafo único do art. 20 da LIA não tem um prazo determinado para revogar o afastamento do agente.

É sabido que todos tem direito à defesa, e a Carta Magna Brasileira assegura a todos o direito a ampla defesa, e o que é este princípio senão o direito de se defender de todas as formas admitidas em direito. Se a própria Constituição da República dispõe deste princípio, não há porque o agente iniciar o cumprimento da pena quando ainda pode usar do contraditório, princípio este que é a concretização da ampla defesa.

Observe-se o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que cita os princípios supramencionados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jan. de 2017.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;⁸⁷ (grifo nosso).

Diante disso, se a suspensão dos direitos políticos ocorrer de forma cautelar, o réu começará a cumprir sua pena sem utilizar todos os recursos previstos em lei para garantir a sua defesa. Imagina-se que pode ser idealizado que este discurso tem a pretensão de defender agentes políticos corruptos e permitir que eles permaneçam com o direito de candidatar-se ou ocupar quaisquer outros cargos públicos, mas, não é a intenção deste trabalho.

A intenção é defender a ideia de que ninguém deverá ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado, para que não sejam cometidas injustiças. Um exemplo do que poderia ocorrer é um candidato a prefeito ser condenado em primeira instância, e consequentemente ter os seus direitos políticos suspensos, próximo a uma eleição e desta forma não pôde concorrer ao cargo, porém, ao final do processo em última instância consegue ser provada a inocência do réu.

Mesmo o réu sendo inocentado no fim, o tempo não retroage, não há como voltar para que ele possa participar de uma eleição como candidato ou apenas como eleitor. É para evitar equívocos como este que está sendo defendida a suspensão dos direitos políticos apenas no trânsito em julgado, pois não há como reparar o dano do agente posteriormente.

Ademais, é de conhecimento de quem milita na área do direito, que os processos não correm no tempo adequado e estipulado, estes sempre passando um longo prazo até a sua conclusão, inclusive, o CNJ por meio do Relatório Justiça em Números⁸⁸, publicou que em média um processo na fase de conhecimento da justiça estadual e da justiça federal duram em média 1,9 e 1,7 anos, respectivamente. Desta forma, como se trata de uma matéria de direito fundamental é necessário observar a dimensão do dano causado ao agente pela aplicação da sanção de imediato.

A exemplo de prejuízos sofridos por Prefeitos quando são afastados cautelarmente é a Reclamação Constitucional nº 17678 RJ de um prefeito de Araruama do Estado do Rio de Janeiro, o qual não conseguiu voltar ao cargo antes do seu mandato findar.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça - CNJ. **Justiça em Números 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

Decisão: Vistos. Cuida-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, ajuizada por Miguel Alves Jeovani em face do Juiz de Direito 2ª Vara Cível da Comarca de Araruama, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do que decidido na ADPF nº 144/DF e na Rcl nº 12.247/SP. Trata-se, na origem, de ação civil pública por improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro visando a responsabilização do então prefeito da cidade de Araruama/RJ em processos licitatórios para aquisição de merenda escolar naquele Município. Narra que foram deferidas medidas cautelares de busca e apreensão de documentos e arquivos digitais na sede da prefeitura, cumpridas pelos próprios promotores de justiça e não por oficial de justiça competente. Ademais, que a autoridade reclamada determinou o afastamento do ora reclamante do exercício do mandato de prefeito municipal, “sob o fundamento de suposta omissão na apuração dos fatos”, antecipando os efeitos da tutela pretendida. Aduz que, contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento, ao qual o TJ/RJ negou provimento, mesmo sem qualquer evidência ou possibilidade (tendo em vista a posse, pelo MP/RJ, dos documentos e dos equipamentos da prefeitura, desde a busca e apreensão já mencionada) de interferência do ora reclamante nas investigações, mantendo o afastamento do reclamante das funções do mandato de prefeito tão somente em razão da gravidade dos fatos apurados. O reclamante noticia que, no julgamento do agravo de instrumento acima aludido, o TJ/RJ fixou o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias de afastamento de suas funções, prazo esse que Miguel Alves Jeovani acredita será descumprido ou estendido, tendo em vista o grande número de investigados que compõem o polo passivo da ACP. Alega que os pedidos de suspensão de tutela antecipada ajuizados no TJ/RJ e, sucessivamente, no STJ, foram indeferidos, somente restando a via da reclamatória constitucional para garantir o seu direito de exercer o mandato eletivo para o qual foi eleito, qual seja, de prefeito do Município de Araruama. [...]

Miguel Alves Jeovani, no entanto, não foi reeleito para o cargo no pleito eleitoral realizado em outubro de 2016, para exercício de mandato no período de 1º/1/2017 a 31/12/2020. Uma vez que o objeto da presente reclamatória refere-se exclusivamente a decisão cautelar incidente sobre o livre exercício do mandato popular e a pretensão do reclamante está fundamentada no risco de ter o exercício do mandato eletivo de Prefeito do Município de Araruama comprometido, tem-se que a não reeleição do reclamante constitui fato superveniente prejudicial ao conhecimento da presente reclamação, por perda de seu objeto. Ante o exposto, cassa a liminar anteriormente deferida e julgo prejudicada a reclamação, em razão da perda superveniente de objeto (art. 21, inciso IX, do RISTF). Publique-se. Int.. Brasília, 1º de fevereiro de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente⁸⁹ (grifos nossos).

Portanto, como a cautelar afasta o agente político do cargo que ocupa por tempo indeterminado, esta não deveria ser aplicada, pois prejudica o sujeito que ficará com seus direitos políticos suspensos. Assim, o processo deveria tramitar, sem o afastamento cautelar para evitar danos ao réu, devendo a aplicação da sanção ocorrer após o trânsito em julgado, para evitar danos a quem não é ímprobo. Deste modo, estará sendo garantido e assegurado um resultado justo e sem prejuízos para o agente e para a sociedade.

⁸⁹ BRASIL. STF. **Rcl: 17678 RJ - RIO DE JANEIRO 9958801-45.2014.1.00.0000**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 01/02/2017, Data de Publicação: DJe-029 14/02/2017.

Por fim, o afastamento cautelar só deveria ocorrer em situações extremas, como quando existir provas cabais de que o réu esteja prejudicando a instrução processual, e ainda, que este afastamento contenha um prazo preestabelecido na norma.

CONCLUSÃO

O legislador, ao editar a Lei 8.429/92 para disciplinar a fiscalização e punição de agentes públicos que praticam ato de improbidade administrativa, intencionara que estes fossem responsabilizados pelos danos que provocassem ao erário público, enriquecimento ilícito e desrespeito aos princípios da Administração Pública, independentemente a forma que foi praticado. Neste caso o legislador não individualizou a norma, não a destinando a determinado grupo da Administração, pois ela foi editada com o intuito de atingir a todo aquele que faz parte da seara pública, de forma direta ou indireta, pessoa física ou jurídica e também ao particular.

Como foi exposto no trabalho, a Lei de Improbidade Administrativa foi editada em 1992, com o intuito de atingir todos os agentes públicos, e de fato ela atinge a todos, até mesmo as pessoas jurídicas, sem distinção entre classe e sanções, ou seja, não há sanções diferentes para cada classe de agente. Todo aquele que pratica um ato de improbidade será punido pela LIA, sendo político ou não, responderá se gerar danos ao erário, enriquecer ilícitamente ou violar os princípios da Administração Pública.

Foram analisados os atos de improbidade, quais sejam: dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação dos princípios estatais, e explicado que estes atos podem ser praticados por qualquer agente público. A lei distingue de forma genérica as condutas que são enquadradas pela lei, e o rol de sanções é quase o mesmo em todos os atos tipificados, variando somente a quantidade aplicada.

A partir do ponto que se esclareceu quais as sanções aplicadas, chegou-se ao tema central do trabalho que é a Suspensão Cautelar dos Direitos Políticos do Agente Político Prefeito do cargo a partir de decisão monocrática do judiciário. Assim, conforme está escrito na Lei, um juiz singular ao receber a denúncia da prática de ato de improbidade, se entender que é devido ou achar que pode o denunciado interferir na instrução do processo, afastá-lo-á sem prazo para voltar a ocupar o cargo.

Esse é o ponto principal do trabalho, pois a Lei de Improbidade Administrativa não possui um prazo determinado em que o Agente Político ficará afastado cautelarmente do seu cargo. Desta forma, o agente que ocupa um cargo por tempo determinado pode ser afastado cautelarmente da função que ocupa sem ter a certeza do tempo que ficará afastado, é como se

fosse uma punição antecipada, o que fere claramente a Constituição Federal de 1988 que só admite que o cidadão tenha seus direitos políticos afastados por decisão transitada em julgado.

A omissão de prazo da sanção é tão gravosa para o político, que está escrito na norma que o afastamento só é cabível após o trânsito em julgado ou durante o período de instrução do processo caso o agente esteja tentando eliminar provas, persuadir testemunhas etc. Mas, neste caso o afastamento deveria ser por um curto espaço de tempo e não indeterminadamente, como vem acontecendo, e conforme foi demonstrado que há casos em que o agente político permaneceu mais de 12 meses afastados do cargo.

A falta desse prazo na LIA é tema de várias discussões entre o judiciário, advogados, doutrinadores e os próprios agentes, pois a Suspensão Cautelar dos Direitos Políticos é uma sanção muito danosa para ser aplicada sem o respeito ao devido processo legal. Assim, uma decisão monocrática de um juízo deixa um agente fora do cargo que lhe fora outorgado pelo voto de milhares de cidadãos.

Desta forma, este trabalho conclui que a norma é de fato abusiva, pois no mínimo a decisão cautelar deveria ter um prazo máximo para se extinguir, o que é abordado por dois projetos de lei em torno desta temática. Os referidos projetos foram propostos tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. O projeto da Câmara dos Deputados requer que o afastamento seja por no máximo 180 dias, já o do Senado, entende que este afastamento só poderia se dar por decisão de órgãos colegiados, entendimento este, que também é compartilhado por alguns membros do próprio judiciário.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 331.

BARBOZA, Márcia Noll. **Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa - Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992**. 2 ed. Brasília: ESMPU, 2013.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno. **O STF flexibilizou a Lei da Ficha Limpa?**. JOTA, 22 jul. 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-o-stf-flexibilizou-lei-da-ficha-limpa-22072016>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

BORBA, Raphael Soares Moreira Cesar. **A aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3058, 15 nov. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20416>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL nº 5598/2016**. Altera dispositivos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cuja finalidade é impedir a indevida interferência do Poder Judiciário, evitando a alternância de poder e os prejulgamentos, adequando, inclusive, ao conceito criado na Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=014EBD3AF2A6242F94707C9E545EADFE.proposicoesWebExterno1?codteor=1468406&filename=PL+5598/2016>. Acesso em: 19 mar. de 2017. Texto Original.

_____. Conselho Nacional De Justiça - CNJ. **Justiça em Números 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 201, De 27 De Fevereiro De 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 135, De 4 de Jun. de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de Abril de 1950.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jan. de 2017.

_____. Procuradoria Geral Da República. **MPF processa ex-prefeito de Mirandiba (PE) por improbidade e crime de responsabilidade.** Disponível em: <<https://pgr.jusbrasil.com.br/noticias/144443173/mpf-processa-ex-prefeito-de-mirandiba-pe-por-improbidade-e-crime-de-responsabilidade>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 475/2015.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para prever que o afastamento cautelar de titulares de mandato eletivo só possa ser determinado por órgão colegiado judicial. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122306>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. STF. **Rcl: 17678 RJ - RIO DE JANEIRO 9958801-45.2014.1.00.0000**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 01/02/2017, Data de Publicação: DJe-029 14/02/2017.

_____. STJ - **AgRg na SLS: 1442 MG 2011/0232820-0**, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 24/11/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 29/02/2012.

_____. STJ - **AgRg na SLS: 1498 RJ 2011/0310245-0**, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 15/02/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 26/03/2012.

_____. STJ - **REsp: 1098669 GO 2008/0225509-9**, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARLOS, Larissa Freitas. **Moralidade e probidade administrativa**: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/353>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

CARVALHO, Gilda Pereira de. *In*: BARBOZA, Márcia Noll. **Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa - Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992**. 2 ed. Brasília: ESMPU, 2013.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco: **Improbidade Administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LUCON, Paulo Henrique do Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; RECENA COSTA, Guilherme. **Improbidade Administrativa – Aspectos Processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MERELES, Carla. **Entenda a Lei da Ficha Limpa**. Politize, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/lei-da-ficha-limpa-entenda/>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
PEREIRA, Caio Mario da Silva. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Ferreira. **A Suspensão os Direitos Políticos e Seus Efeitos**. Revista dos Tribunais Online, ago. 2011. Disponível em: <[SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000015aed56fe9becdb735d&docguid=I46cc9400629f11e194bf000085592b66&hitguid=I46cc9400629f11e194bf000085592b66&spos=1&epos=1&td=4000&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 15 dez. 2016.</p></div><div data-bbox=)

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **As Dimensões da Participação Cidadã**. Caderno CRH, Salvador, jan/dez 1997. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/18669/12043>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”**. 13 ed. São Paulo: Ática, 2000.