

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**AFASTAMENTO CAUTELAR DE PREFEITOS NA AÇÃO POR ATO  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: uma análise acerca da  
colisão principiológica.**

**ÍGOR BEZERRA DE ASSIS NASCIMENTO**

**CARUARU**

**2018**

**ÍGOR BEZERRA DE ASSIS NASCIMENTO**

**AFASTAMENTO CAUTELAR DE PREFEITOS NA AÇÃO POR ATO  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: uma análise acerca da  
colisão principiológica.**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado ao Centro Universitário Tabosa  
de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito  
parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva

**CARUARU**

**2018**

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Presidente: Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva

---

Primeiro Avaliador

---

Segundo Avaliador

## RESUMO

A Administração Pública brasileira há tempo é deficiente na prestação dos serviços a que se destina devido a fatores históricos e culturais. Talvez, uma das causas de tamanho desregramento seja a prática costumeira de atos que desvirtuem a própria finalidade administrativa do Estado, como a improbidade, além do enfraquecimento de suas estruturas pelos agentes que passam pelo poder, praticando atos que desrespeitem os princípios constitucionais atinentes à Administração, utilizando-se do poder para desviar recursos do erário ou enriquecerem às custas dos bens públicos. O presente estudo analisa a subsunção da prática de atos de improbidade administrativa por prefeitos, no âmbito das administrações públicas municipais, à Lei 8.429/92 e as consequências práticas no decorrer do processo, com especificação à medida cautelar de afastamento (temporário) para a devida instrução processual, a fim de se compreender as possibilidades de utilização deste mecanismo, bem como os prejuízos que podem causar ao agente público caso utilizado indevidamente. Serão utilizados ensinamentos doutrinários, a própria Constituição, a lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), além dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto.

**Palavras-chave:** prefeito; improbidade administrativa; afastamento cautelar.

## RESUMEN

La Administración Pública brasileña hay tiempo es deficiente en la prestación de los servicios a que se destina debido a factores históricos y culturales. Tal vez, una de las causas de tamaño desregramento sea la práctica costumeira de actos que desvirtuem la propia finalidad de administración del Estado, como la improbidade, además de la atenuación de sus estructuras por los agentes que pasan por el poder, practicando actos que desrespeitem los principios constitucionales atinentes a la Administración, utilizándose del poder para desviar recursos del erário o enriquezcan a las cuestas de los bienes públicos. El presente estudio analiza la subsunção de la práctica de actos de improbidade administrativa por alcaldes, en el ámbito de las administraciones públicas municipales, a la Ley 8.429/92 y las consecuencias prácticas en el transcurrir del proceso, con especificación a la medida cautelar de alejamiento (temporal) para debida instrucción procesal, a fin de comprenderse las posibilidades de utilización de este mecanismo, así como los perjuicios que pueden causar al agente público caso utilizados indebidamente. Serán utilizados ensinamentos doutrinários, la propia Constitución, la ley 8.429/92 (Ley de Improbidade Administrativa), además de los posicionamientos del Superior Tribunal de Justicia (STJ) y del Supremo Tribunal Federal (STF) sobre el asunto.

**Palabras clave:** alcalde; improbidade administrativa; alejamiento cautelar.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	5
<b>2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS ATOS ÍMPROBOS</b>	8
<b>2.1 Conceito e sujeitos do ato de improbidade</b>	8
<b>2.2 Atos configuradores de improbidade administrativa</b>	11
<b>2.3 Sanções aos atos ímprobos</b>	12
<b>3. MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS E PROBATÓRIA</b>	16
<b>3.1 Indisponibilidade e sequestro de bens do indiciado: as cautelares patrimoniais</b>	16
<b>3.2 Afastamento preventivo de prefeitos: a cautelar probatória</b>	18
<b>4. AFASTAMENTO CAUTELAR DE PREFEITOS NO PANORAMA JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS (STF E STJ)</b>	21
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	27
<b>REFERÊNCIAS</b>	29

## 1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é composta por três Poderes e diversas instituições que são responsáveis por dar seguimento à finalidade do Estado, qual seja, a criação de conjuntos normativos que delimitem a atuação individual/coletiva e estatal, e que disponha dos mínimos requisitos para que sejam efetivadas as políticas públicas essenciais a um contexto social digno; a execução e a efetiva implementação destas políticas públicas; e um poder que velará pela decisão de controvérsias (lides) relacionadas a todo contexto de direito que se possa resultar dentro de um Estado.

Estes três Poderes estão elencados no art. 2º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e são, respectivamente, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, sendo eles a base estrutural e organizacional do Estado em seus elementos fundamentais. E é por essa finalidade e grande parcela de atributos que muitas vezes se encontra quem queira se aproveitar das oportunidades advindas de tamanho poder, para reduzir o alcance das discussões a interesses privados.

Como causas desse reducionismo particular, podem-se destacar a desonestidade e a deslealdade que há muito são práticas que infelizmente estão presentes na Administração Pública, sobretudo brasileira. Com isso, viu-se a necessidade corrente de se criar limitações legais aos atos dos agentes que detinham as prerrogativas públicas. Desse modo, a CF/88 trouxe em seu nascedouro a disposição de quatro princípios explícitos que regeriam à Administração Pública, dispostos no art. 37, quais eram a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade. Além destes, houve a inserção do princípio da Eficiência, decorrente da Emenda Constitucional Nº 19 de 1998.

Importante destacar que um princípio, etimologicamente e conforme pode-se auferir do seu mais popular sentido, é um delimitador inicial, ou de forma mais didática, uma premissa dogmática que abrange deveres e poderes. Assim, o texto de maior hierarquia normativa do país, dispõe determinados padrões expressados por princípios, que embora amplos, são também a estrutura maior de limitação normativa, pois, quando se age em descompasso com um princípio, estar-se-á diante de latente ilegalidade por afronta a toda uma base estrutural do ordenamento jurídico.

É no art. 37, §4º da Carta Maior do ordenamento pátrio que inicialmente tem-se disposição à improbidade administrativa e às sanções mínimas que decorrerão de sua prática. Após a criação da Constituição de 1988, houve também em 1992 a edição da Lei 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) que trata especificamente dos atos de improbidade administrativa. Esta lei surge para, de fato, efetivar medidas e punições mais abrangentes àqueles que não atentem à probidade e à ética no trato da coisa pública.

Decorre que esta lei, é de fato um importante mecanismo de combate à corrupção e de proteção ao bem do povo, em primeiro lugar e diretamente ao(s) bem(ns) material(is), em segundo lugar e indiretamente ao(s) bem(ns) imaterial(is) que decorre(m) da efetiva e eficiente utilização daqueles. Assim, a lei 8.429/92 define quem são os sujeitos que podem praticar um ato de improbidade administrativa (sujeitos ativos), bem como os que podem ser prejudicados por tais atos (sujeitos passivos). Também define em especial, e esse será o escopo, as medidas cautelares, ou seja, medidas de garantia da manutenção do erário quando presentes determinados requisitos adiante examinados, podendo ser de uso preventivo ou repressivo.

Destarte, guiando-se pelas crescentes evoluções do direito, quer sejam legislativas, doutrinárias ou jurisprudenciais, deve-se sempre estar atento que embora se tenha silêncio da lei em sentido estrito, deve-se lembrar que o ordenamento jurídico tem que ser analisado e destrinchado como um todo na busca de soluções dentro dos termos do direito.

Pela amplitude e complexidade de análise do ente estatal, através desses três Poderes, que de certa forma, apesar de estruturarem melhor e organizarem mais didaticamente o próprio ente estatal, ainda assim, não é tarefa fácil esmiuçar o Estado como um todo para se desvendar a responsabilização de quem pratique ato de improbidade. Neste particular, será objeto do presente trabalho o estudo dos atos de improbidade administrativa por prefeitos municipais, com especificidade na medida cautelar de afastamento cautelar (temporário) do respectivo cargo para a devida instrução processual.

A escolha do tema se dá frente ao particular contexto da análise público administrativa nacional, sendo de suma importância averiguar-se o cenário atual da administração pública brasileira, além de ser um estudo ímpar por ser de fato um assunto que nos últimos anos tem ganhado destaque, principalmente da mídia e

consequentemente da população, além de ser uma oportunidade de se aprofundar com as ferramentas que o direito dispõe e nos mais diversos ensinamentos existentes, quer sejam legais, doutrinários, jurisprudenciais entre outros.

Ademais, o presente trabalho busca trazer ao público, um quadro de potencial capacidade crítica na formação de opiniões – principalmente na esfera jurídica tão carecedora de verdadeiros críticos racionais autônomos –, o estudo e compreensão das possibilidades jurídicas para enquadramento dos atos de improbidade (deslealdade, desonestidade) dos agentes públicos para com o erário público (bens e recursos financeiros do poder público) bem como as formas de proteção que à lei dispõe, devendo serem repassados em maior grau e qualidade possíveis, dada sua relevância para os modernos cidadãos administrados.

Foi elaborado através de métodos científicos dedutivos, observacionais e comparativos, além de utilizar fontes como a Lei, os ensinamentos doutrinários e a jurisprudência pátria. Por fim, está estruturado em 5 (cinco) tópicos, sendo 3 (três) deles, os subsequentes, aqueles em que se entra no mérito propriamente dito do estudo: tópico 2, os elementos que constituem o ato de improbidade; após o tópico 3, em que se observam as medidas cautelares no bojo da Lei de Improbidade com especialidade a do afastamento cautelar; e no 4, uma análise da jurisprudência pátria acerca do tema em estudo. O último tópico é a construção das considerações finais decorrentes de todo estudo realizado.

## 2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS ATOS ÍMPROBOS

Tratar de improbidade administrativa é, antes de tudo, uma oportunidade de buscar conhecimento acerca de um tema atual e ao mesmo tempo complexo, seja devido à diversidade de conceitos, seja pelas próprias discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de muitos pontos que dividem opiniões de estudiosos e operadores do direito no contexto jurídico brasileiro.

Cumprido destacar que nesse momento, e como uma iniciação ao estudo específico, abordar-se-ão as normas gerais presentes na Lei de Improbidade, quais sejam os seus elementos fundamentais e conceitos que porventura estejam positivados.

### 2.1 Conceito e sujeitos do ato de improbidade

De início, é fundamental definir o que é a improbidade administrativa. Inicia-se, pois, com o entendimento de Neves e Oliveira (2014, p. 23):

Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.

Importante também é a lição de Cavalcanti (2009, p. 37):

Por certo se deve entender o vocabulário improbidade como antônimo da palavra probidade, o qual é diretamente ligado à ética, a moral, a honestidade, aos bons costumes e à justiça. A moralidade é princípio constitucionalmente estabelecido na Carta Magna da República Federativa do Brasil de 1988.

Então, conforme se pode vislumbrar dos ensinamentos expostos, trata-se a improbidade, de ato que vai de encontro aos princípios regentes da Administração Pública, sendo, de acordo com o que será analisado adiante, contrário até ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, tomando-se como parâmetro a Lei nº 8.429/92.

Abordando a norma em conteúdo, tem-se o seguinte, já no seu início:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de

cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Na perspectiva do presente comando normativo, é fácil identificar que os atos de improbidade poderão ser praticados por “qualquer agente público, servidor ou não”. Tem-se aí o chamado **sujeito ativo**. Acontece que a expressão normativa é ampla e deveras necessita de uma abordagem lógica para seu melhor entendimento. Pois bem, Neves e Oliveira (2014, p. 47) sustentam que “A expressão ‘agentes públicos’ possui conotação genérica e engloba todas as pessoas físicas que exercem funções estatais”, sendo certo que, neste panorama, os agentes públicos não necessariamente precisam: ter uma vinculação formal com o Estado; perceberem remuneração pelos serviços prestados; bem como exercer as atividades de forma definitiva. Assim, fica a critério do órgão julgador analisar esta real condição, no caso concreto.

Importante também é a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. De muito se discute essa possibilidade e atualmente já se tem um posicionamento mais pacificado a respeito. A discussão maior tinha relação a coincidência do objeto existente na Lei 8.429/92 e presente também na Lei 1.079/50 que trata dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República; e no Decreto-lei 201/67 que trata das infrações político-administrativas dos prefeitos e vereadores municipais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 85 as hipóteses de crimes de responsabilidade do Presidente da República, sendo a Lei 1.079/50 a norma que regula esta relação. Porém, uma dessas hipóteses, a do inciso V, é a improbidade administrativa, sendo aí onde ocorre a identidade de objetos. No entanto, o STF já se posicionou quanto a discussão e tem pacificado o entendimento na direção de que existe dois regimes concorrentes de responsabilidade, quais sejam o geral (art. 37, § 4º) e o especial (art. 85, inc. V e art. 86) ambos da CF/88 (BRASIL, STF, Rcl. 2.138/DF, 2007), não podendo o agente que está submetido ao regime especial, ser também exposto à Lei de Improbidade, por caracterização iminente do *bis in idem*.

Assim sendo, e conforme lição de Tesheiner (2011, p. 15), é perfeitamente possível a responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade administrativa, desde que não esteja o agente sujeito ao regime especial:

Não cabe ação de improbidade administrativa contra as autoridades que, nos termos da Constituição, respondem por crime de responsabilidade impróprio, perante o Senado.

Não cabe, também, contra Governador do Estado, sujeito a responder por crime de responsabilidade impróprio perante a respectiva Assembleia Legislativa.

É da competência do juízo de primeiro grau a competência originária para o processo e julgamento da ação de improbidade administrativa.

Importante destacar que na VI jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 558 (2013, p. 19), *in verbis*:

São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente.

Logo após, ainda em seu art. 1º, a lei informa quem pode ser o sujeito passivo:

[...] contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes (legislativo, executivo e judiciário) da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual [...].

Sendo, desta forma, **sujeito passivo**, todos os entes tratados neste trecho da legislação, ou seja, contra quem se pode praticar atos de improbidade administrativa. Além disso, complementando a premissa do artigo 1º, e ainda com relação à enumeração do sujeito passivo, discorre o parágrafo único:

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

O dispositivo mencionado, dispõe que existe a possibilidade de sujeição à citada lei, dos atos praticados contra entidades que, embora não seja seu patrimônio de maioria público, poderão ser responsabilizados por atos de improbidade – na graduação de investimento público que houver –, os agentes que o praticarem em detrimento destas que são subsidiadas em parte pelo erário.

## 2.2 Atos configuradores de improbidade administrativa

Dispõe a Lei de Improbidade Administrativa, nos seus artigos 9º, 10, 10-A e 11, e respectivos incisos, os atos que importam em improbidade administrativa, que são divididos em: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º); Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (art. 10); Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (10-A); e Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública (art.11).

Apesar de ser um rol extenso de atos que geram improbidade, Carvalho Filho (2015, p. 960) afirma que “[...] conforme entendimento uníssono, os incisos definem exemplos de atos de improbidade, não exaurindo as hipóteses de infrações” sendo, portanto, um rol meramente exemplificativo.

Depreende-se da norma que, os atos que importam em enriquecimento ilícito, referem-se às condutas de comissão, que têm deslinde, segundo Araújo (2010, p. 320), em “[...] obtenção de vantagem patrimonial indevida, ilícita, em razão do cargo, mandato, função ou emprego público ou da função pública em geral”. Além disso, segundo a mesma autora, é necessária a existência do elemento subjetivo (dolo) na prática do ato, ou seja, a intenção de receber vantagem indevida, não se podendo a mera tentativa de tais práticas.

Já os atos que causam prejuízo ao erário, ao contrário dos anteriores, são auferidos pelas formas comissiva ou omissiva, de forma dolosa ou culposa, que causem perda patrimonial, malversação, desvio ou apropriação dos bens públicos pertencentes as entidades dispostas na segunda parte do art. 1º, bem como no parágrafo único da lei, prescindindo para sua caracterização a ocorrência de enriquecimento ilícito por parte do agente (ARAÚJO, 2010, pp. 320 e 321).

Quanto ao disposto no art. 10-A, cumpre destacar sua novidade, tendo em vista que fora introduzido através da Lei Complementar 157/2016, e que, apesar de sua vigência ter se iniciado em 30 de dezembro de 2017, é relevante analisar as implicações da referida norma, que traz em seu texto:

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o **caput** e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

A Lei Complementar 116/2003 referida no dispositivo retro, trata, em seu art. 8º-A *caput* e §1º do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), que estabelece a alíquota mínima de 2%, deixando claro a lei, segundo entendimento de Oliveira (2017), que, a partir de então, serão considerados ímprobos os atos da Administração que concedam benefícios financeiros ou tributários inferiores à alíquota mínima citada, com exceção dos casos previstos na lista de serviços anexa à LC 116/2003.

Por fim, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, são aquelas ações ou omissões, elencadas no art. 11 da Lei, que vão de encontro à honestidade, lealdade, imparcialidade e legalidade aos quais estão submetidos os agentes públicos, e que sejam praticados em face das entidades dispostas anteriormente como sujeito passivo, prescindindo também nestes casos, a ocorrência do enriquecimento ilícito do indivíduo bem como que seu ato tenha causado prejuízo ao erário, sendo desta forma, aplicado em caráter residual, ou seja, quando o ato ímprobo não importar no enriquecimento ou na lesão (ARAÚJO, 2010, pp. 323 e 323).

### **2.3 Sanções aos atos ímprobos**

Como esperado, tratou o legislador de tipificar no capítulo III da Lei 8.429/92, as penas a que estarão sujeitos os agentes ímprobos, disponibilizando, no art. 12 e incisos<sup>1</sup>, as possibilidades de punição aos atos praticados conforme tipificado nos arts. 9º, 10, 10-A e 11, analisados anteriormente.

---

1 - 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: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

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;

De início, tem-se que as sanções propriamente ditas da lei são as seguintes: perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil; e proibição de contratar com o poder público ou dele receber incentivos ou benefícios fiscais ou creditícios.

A suspensão dos direitos políticos encontra fundamento na Constituição Federal de 1988 que em seu art. 15 – cujo teor é o da proibição da cassação dos direitos políticos – e incisos estabelece as hipóteses de perda ou suspensão daqueles, tratando expressamente de incluir no inciso V a improbidade administrativa como tal hipótese, criando-se assim, como afirma Osório (1999, p. 2), uma hipótese de sanção político-civil, afirmando ainda que deve o julgador ao aplicar esta sanção, observar atentamente o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a intensidade e força da mesma.

Quanto ao ressarcimento integral dos danos, e a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente causador dos atos de improbidade, previstos nos incisos I e II do art. 12, são verdadeiros mecanismos de reparação com a finalidade de se retornar ao *status quo* antes do dano material sofrido pela entidade lesada. O inciso III estabelece a possibilidade de ressarcimento integral de dano que atente contra os princípios da Administração Pública, porém, como não se está diante de hipótese de dano material, já que elencados nos incisos I e II do art. citado, pode-se concluir que o legislador, embora tenha silenciado, abriu brecha para a reparação do dano moral causado pela prática dos atos tipificados no art. 11 da LIA.

Consubstanciando o entendimento pela reparação do dano moral efetivado face às entidades lesadas e discordando com o entendimento que esta reparação se

---

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.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

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.

dá pela simples imposição da multa civil, Osório (1999, p. 5) assevera:

[...] Multa civil é conseqüência jurídica certa da improbidade, sancionamento autônomo que independe da comprovação de dano moral ou material, prevista a toda e qualquer modalidade de ato ímprobo, ao passo que o dano moral à entidade lesada, se houver, deve ser reparado à luz dos critérios que têm orientado os julgadores nessa seara, sem prejuízo da incidência cumulativa da multa civil e, mais ainda, sem submissão ao prazo prescricional, por força expressa do art. 37, § 5.º, da Carta de 1988.

Cabe ainda destacar que em relação aos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, serão estes perdidos em face da Administração Pública, todavia, deve-se demonstrar o nexo entre a comprovação da origem ilícita dos bens e o indevido exercício da função pública, ou, de forma mais ampla, relação direta ou indireta com o ato ímprobo praticado e a conseqüente lesão ao erário (OSÓRIO, 2012, p. 6).

A multa civil encontra-se estabelecida para qualquer das espécies de improbidade e deve ser aplicada considerando-se, além do proveito patrimonial obtido, a natureza e gravidade do fato, bem como outros múltiplos fatores que sirvam de estrutura, conforme a prova obtida, para a aplicação de uma multa justa ao agente (OSÓRIO, 1999, pp. 6 e 7).

A perda da função pública também está prevista em todas as espécies de improbidade administrativa e diz respeito à sanção que está relacionada à de suspensão dos direitos políticos. Isto ocorre porque seria inviável imaginar que determinado agente a quem tivesse sido aplicada a suspensão dos direitos políticos, continuasse no exercício de sua função. Também existe correlação pelo fato de ser seu tempo de duração o que for estipulado para a suspensão dos direitos políticos.

Importante observar que na visão de Osório (1999, pp. 7 e 8), trata-se de sanção que exige cuidado redobrado do julgador quanto a observância do princípio da proporcionalidade, pois, conforme o mesmo, existe a possibilidade, através de uma interpretação em respeito ao princípio mencionado, de se deixar de aplicar a sanção da perda da função pública ao agente que, conforme demonstrado na instrução, tenha praticado ato ímprobo isolado ou de “menor gravidade” (utiliza-se como analogia tipos penais de penas reduzidas) e seja indispensável para sua sobrevivência e/ou de sua família o exercício da função pública que está investido, havendo, do contrário, uma clara mitigação da própria dignidade humana em detrimento da busca exagerada pela sanção do agente público por parte do Estado.

Por fim, cabe abordar a sanção de proibição de contratar com o poder público ou receber deste, benefícios ou incentivos fiscais ou financeiros. Esta é uma sanção que se aplica apenas aos atos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA e de fato é medida eficaz para afastar do âmbito negocial da Administração Pública, em sua generalidade, e não apenas do ente lesado, pessoas que pratiquem improbidade administrativa neste panorama. O prazo a ser aplicado é invariável, pois, comparada às outras sanções o órgão julgador não tem liberdade de enquadrar a sanção ao ato praticado, existe neste caso, uma vinculação do julgador ao prazo previsto na lei.

Contudo, Osório (1999, p. 9) acrescenta que, mais uma vez tendo como premissa a proporcionalidade, o julgador pode estabelecer prazo distinto daquele expresso na lei, para os atos previstos no art. 9º da Lei 8.429/92. Isto porque, conforme analogia ao prazo de suspensão dos direitos políticos, que no entendimento do doutrinador representam sanção mais grave ao agente, pode o julgador decidir por minimizar a sanção, pareando-a com o aplicado no caso concreto a de suspensão de direitos políticos.

Destarte, percebem-se os aspectos sancionadores da LIA às condutas tipificadas como ato de improbidade administrativa e identifica-se que as sanções estipuladas, dependendo da gravidade do fato, podem ser cumuladas e devem ser aplicadas pelo juízo competente para a apreciação e julgamento da ação de improbidade administrativa, devendo este levar em consideração na aplicação da sanção, além da gravidade do fato, a extensão do dano causado, bem como o proveito material obtido pelo agente.

Vistas as questões basilares, é importante avançar ao tema escopo do presente trabalho, qual seja, a análise das medidas cautelares estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, com enfoque na medida cautelar do afastamento temporário do agente público.

### **3. MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS E PROBATÓRIA**

Cumpra agora adentrar ao estudo das medidas cautelares existentes na Lei de Improbidade e, de forma mais exaustiva, abordar o afastamento cautelar do agente público, em especial dos prefeitos municipais, com vistas à manutenção da ordem do processo judicial ou administrativo pertinente, que tem como finalidade a apuração da prática do ato ímprobo e, caso se confirme, sua consequente responsabilização na seara cível.

De início observa-se que a lei 8.429/92 traz o rol de medidas cautelares que podem, se cumpridos os requisitos, ser aplicadas no caso concreto e – como entendimento de grande parte da doutrina, por outros, Queiroz (2013, p. 29) – não representam um rol taxativo, podendo o julgador se valer de outras cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro, se necessário, para a efetiva instrução ou garantia, inerentes à sistemática processual. São elas: indisponibilidade de bens (art. 7º); sequestro de bens (art. 16); e afastamento cautelar (art. 20, par. único).

#### **3.1 Indisponibilidade e sequestro de bens do indiciado: as cautelares patrimoniais**

Tratou o legislador de assegurar ao ente lesado, através das cautelares ora analisadas, medidas capazes de se garantir que ao final da batalha judicial, ou seja, com o trânsito em julgado da sentença que condene o agente por eventual prejuízo patrimonial sofrido, seja pela prática de ato de improbidade que se especifique pelo enriquecimento ilícito ou pelo prejuízo ao erário (arts. 9º e 10), não padeça de impossibilidade executória. São medidas que garantem a possibilidade de recuperação patrimonial da Administração Pública pelos prejuízos sofridos. Não é por outra razão que a indisponibilidade e o sequestro de bens são denominados de “medidas cautelares patrimoniais” (ROLIM, 2007, p. 75).

No art. 7º e parágrafo único da lei 8.429/92, trouxe o legislador a primeira cautelar patrimonial, o qual se transcreve:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do

dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A disposição legal encontra guarida no texto do art. 37, §4º da Carta Magna dispondo que “os atos de improbidade administrativa importarão [...] a indisponibilidade de bens”. Desta forma, a indisponibilidade consiste na “impossibilidade de alienação de bens e pode se concretizar por diversas formas, tais sejam, o bloqueio de contas bancárias, aplicações financeiras, o registro da inalienabilidade imobiliária etc.” (PAZZAGLINI FILHO et al. apud QUEIROZ, 2013, p. 31).

Já o sequestro de bens, que recebe críticas de nomenclatura por parte da doutrina e jurisprudência, consiste na segunda cautelar patrimonial prevista na LIA. Dispõe o art. 16 e §1º:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

Conforme dicção legal, será o sequestro processado conforme o disposto no Código de Processo Civil. Ocorre que a referida medida é muito discutida na doutrina se foi nomeada corretamente, tendo grande parte dos pesquisadores do direito estabelecido que, na verdade, trata-se de arresto a medida cautelar analisada.

Como exemplo podem ser citados Carvalho Filho (2015, p. 1141) “[...] Assim, para haver garantia do ressarcimento do dano ou devolução das vantagens indevidas, a medida cautelar deve ser a de *arresto* [...] que reflete uma garantia geral para os credores [...]” e Neves e Oliveira (2014, p. 219) “[...] Ainda assim, controverte a doutrina a respeito da natureza dessa medida, não sendo poucos os doutrinadores que defendem um equívoco da lei ao nominar de sequestro uma cautelar de *arresto*”. Entretanto, o STJ (REsp. 967.841/PA, 2010) já decidiu que em se tratando da indisponibilidade de bens referida no art. 7ª, não se exige a individualização dos bens sobre os quais cairá à restrição, subentendendo-se assim, em analogia, tratar-se a medida cautelar abordada de *arresto*.

### 3.2 Afastamento preventivo de prefeitos: a cautelar probatória

Continuando a abordagem das cautelares determinadas na Lei de Improbidade Administrativa, chega-se ao objeto principal do presente estudo, qual seja, o afastamento cautelar dos agentes políticos, em especial dos prefeitos municipais, que diferentemente das cautelares patrimoniais, não tem caráter de antecipação dos efeitos de futura decisão condenatória; visa porém, assegurar o conhecimento da verdade real pelo magistrado, através das provas que naturalmente não de estar no ambiente funcional do agente público (SILVA; e SILVA, 2016, p. 1056).

Determina a norma em seu art. 20, parágrafo único:

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Pelo que se dispõe no texto legal sobrescrito, pode o agente público ter seu afastamento cautelar determinado pela autoridade judicial ou administrativa correspondente, desde que não o prive da devida remuneração e a medida for realmente necessária à instrução do processo. Acontece que existe divergência na doutrina em relação à análise e aplicação do dispositivo mencionado, por não dispor, pelo menos explicitamente, que o detentor de mandato estaria sujeito à tal medida (NEVES; OLIVEIRA, 2014, pp. 228 e 229). Porém, levando em consideração a definição que a referida norma trás no bojo de seu art. 2º, tem-se que:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por **eleição**, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, **mandato**, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. **(Grifei)**.

A referente medida tem natureza cautelar e este é o entendimento majoritário da doutrina. Neves e Oliveira (2014, p. 225) explicam que “[...] A cautelaridade da medida é explicada pelo perigo de que sem a medida a instrução da prova venha a ser sacrificada e, como consequência, a própria qualidade da prestação de tutela jurisdicional.”

Analisando-se detidamente e conforme desponta a doutrina majoritária, tem-se que o afastamento cautelar de prefeitos engloba requisitos que merecem respeito na hora da decisão que defira tal medida acautelatória. Assim, devem estar

presentes quando de sua concessão, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Acerca do tema explica Queiroz (2013, p. 46):

A presente medida encerra uma *tutela de urgência*. A par do *fumus boni juris*, deve ser demonstrado o *periculum in mora*. Cabe ao requerente provar que o agente público, no exercício do cargo e utilizando-se dele, promoveu ou promoverá atos tendentes a comprometer a regular instrução do processo.

Entretanto, oportuna é a observação de Neves e Oliveira (2014, p. 226) sobre estes requisitos:

[...] o *fumus boni iuris* será exigido como em qualquer outra medida cautelar, mas com uma 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.

Portanto, para preencher o requisito da plausibilidade do direito e requerer a efetivação de tal medida, basta ao autor da ação por ato de improbidade administrativa demonstrar que tem o direito de produzir determinada prova.

Deve atentar o julgador ao caráter excepcional do afastamento cautelar, porque, constitucionalmente falando, há uma interferência na vontade popular, ou seja, na vontade dos cidadãos que democraticamente escolheram o representante para guiar os passos da Administração Pública municipal, devendo essa decisão ser respeitada quase que em sua integralidade.

Quase, significa dizer que, apesar da relevância e imprescindibilidade da vontade do povo para escolha dos representantes, deve-se haver uma ponderação quando, a despeito de estar legal e devidamente investido no cargo público, o representante escolhido utilize-se deste, de forma que atinja os limites que devem ser resguardados na administração dos bens públicos, fazendo mau uso e não respeitando às atribuições do mandato ao qual se sujeitou. Pelo caráter excepcional da medida cautelar (BRASIL, STJ, REsp 993.065/ES, 2008; STJ, AgRg na SLS 867/CE, 2008).

Questão interessante é a do período de concessão e de duração da medida estudada. O primeiro, conforme se depreende do próprio art. 20, parágrafo único da LIA, encontra limite temporal até o final da fase instrutória do processo, não cabendo, pois, se falar em concessão da medida cautelar de afastamento em momento posterior. A isto some-se o que dispõe o art. 294 e parágrafo único, respectivamente, do Código de Processo Civil: “A tutela provisória pode

fundamentar-se em urgência ou evidência” e “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Logo, levando-se em consideração também o disposto no art. 17 da LIA que prescreve prazo de trinta dias para se propor a ação principal quando concedida a tutela antecipada, tem-se que, na sistemática do processo judicial, quando da concessão antecipada da tutela cautelar de evidência do afastamento de prefeitos, deve o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica lesada obedecer este prazo legal.

Este entendimento se repete quanto à duração do afastamento cautelar, que também está delimitado pelo período necessário à instrução probatória judicial, visto que, na colheita de provas da seara administrativa muitas vezes são mitigados ou até mesmo esquecidos princípios processuais inerentes ao devido processo legal, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, não podendo, entretanto, ultrapassar aquele termo por ser a provisoriedade característica de sua natureza, caso contrário estar-se-ia desvirtuando sua própria finalidade, que como visto, não é a de antecipação dos efeitos da tutela definitiva (NEVES; OLIVEIRA, 2014, pp. 227 e 228). Nessa linha de entendimento, encontra-se farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que será abordada por oportuno no próximo tópico.

#### **4. AFASTAMENTO CAUTELAR DE PREFEITOS NO PANORAMA JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS (STF E STJ)**

Em sede de posicionamento dos Órgãos Superiores do Judiciário brasileiro, analisar-se-ão as decisões que tenham relação direta com o tema abordado, para uma melhor elucidação das problemáticas atinentes, bem como, para reforço dos argumentos outrora abordados.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pode-se observar julgados relacionados a momentos distintos quanto à tutela cautelar de afastamento de prefeitos, *v.g.*, o momento da concessão; do lastro temporal, entre outros.

Iniciando as abordagens referentes à concessão da medida cautelar de afastamento temporário dos prefeitos municipais, faz-se mister abordar a Medida Cautelar 5214/MG, em que o ex-ministro Teori Zavascki enfatizou as limitações necessárias para se adotar à prática de tal medida:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO CARGO. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92.

1. Segundo o art. 20, caput, da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva.

2. A situação de excepcionalidade não se configura sem a demonstração de um comportamento do agente público que importe efetiva ameaça à instrução do processo. Não basta, para tal, a mera cogitação teórica da possibilidade da sua ocorrência.

3. Para configuração da indispensabilidade da medida é necessário que o resultado a que visa não possa ser obtido por outros meios que não comprometam o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o exercício do cargo. Assim, não é cabível a medida cautelar de suspensão se destinada a evitar que o agente promova a alteração de local a ser periciado, pois tal perigo pode ser contornado por simples medida cautelar de produção antecipada de prova pericial, nos exatos termos dos arts. 849 a 851 do CPC, meio muito mais eficiente que a medida drástica postulada (BRASIL, STJ, MC 5214/MG, Relator Min. Teori Albino Zavascki, 10/06/2003).

Corroborando este entendimento, dispõe a ementa do acórdão de julgamento da Medida Cautelar 7325/AL:

PROCESSUAL - AÇÃO DE IMPROBIDADE - MANDATO ELETIVO - SUSPENSÃO – LEI 8.429/92, ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO - PRESSUPOSTO – INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

- A suspensão de mandato eletivo, com fundamento no Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92 só é lícito, quando existam, nos autos, prova de que o mandatário está, efetivamente, dificultando a instrução processual.

- A simples possibilidade de que tal dificuldade venha a ocorrer, não justifica o afastamento do agente público acusado de improbidade.

- Suspender mandato eletivo, sem prova constituída de que o acusado opõe dificuldade à coleta de prova é adotar, ilegalmente, tutela punitiva (BRASIL, STJ, MC 7325/AL, Relator Min. José Delgado, Relator para o Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, 02/12/2003).

É de grande importância a análise dos julgados anteriores, pois, demonstram que de fato, a tutela cautelar de afastamento preventivo de agentes públicos, em especial de prefeitos e agentes políticos, deve ser baseada com extrema observância à razoabilidade e à proporcionalidade, sendo certo que a não observância de tais bases, pode comprometer o exercício do mandato eletivo de forma irreparável, existindo desta forma, choque entre os princípios que circundam a vontade popular, e, os que dizem respeito as normas processuais, mais precisamente do devido processo legal conforme os mandamentos legislativos.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já acatou a manutenção da medida cautelar sem a observância de tais limites:

MEDIDA CAUTELAR. AFASTAMENTO DE AUTORIDADE DE CARGO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ATOS QUE EMBARACEM A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 20, DA LEI 8429/92. CAUTELAR CONCEDIDA. LIMINAR MANTIDA.

1. Não existindo prova incontroversa de que a autoridade situada no pólo passivo da ação de improbidade administrativa esteja praticando atos que embaracem a instrução processual, não há que se falar em seu afastamento do cargo, em pleno exercício do seu mandato.

2. "In casu" o Ministério Público Federal ao opinar, apoiou-se, unicamente, em declarações a ele próprio prestadas sem obediência ao devido processo legal, não existindo, portanto, real demonstração de que o Prefeito esteja dificultando a instrução criminal.

3. Medida cautelar que se julga procedente, mantendo-se a liminar concedida (BRASIL, STJ, MC 3181/GO, Relator Min. José Delgado, 21/11/2000).

Quanto ao período em que se perpetua a medida ora analisada, sabe-se que a morosidade é, infelizmente, um adjetivo presente no judiciário brasileiro, sendo certo que os prejuízos por tal demora podem ser incalculáveis ou mesmo irreparáveis, como se afirmou anteriormente a respeito dos detentores de mandato

eletivo, o que na prática vem se mostrando contrário – na hipótese de duração da cautelar de afastamento – aos mandamentos do ordenamento jurídico (SILVA; e SILVA, 2016, p. 1061).

É corrente o entendimento do STJ no sentido de uma limitação temporal, tendo em vista o caráter excepcional inerente ao afastamento cautelar de prefeitos por prática de ato de improbidade administrativa, bem como para limitar possíveis abusos por parte do judiciário, ou até mesmo perseguições a determinados agentes detentores de mandato:

**PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. AFASTAMENTO DO CARGO DE PREFEITO. 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 120 dias. Agravo regimental não provido (BRASIL, STJ, AgRg na SLS 1442/MG, Relator Min. Ari Pargendler, Relator p/ acórdão Min. Presidente do STJ, 24/11/2011).

É também o que se observa, porém, com prazo distinto, no acórdão que se segue:

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. INDEVIDA UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. PRAZO DE AFASTAMENTO DE PREFEITO SUPERIOR A 180. PECULIARIDADES CONCRETAS. PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

[...]

IV - Não se desconhece o parâmetro temporal de 180 (cento e oitenta) dias concebido como razoável por este eg. Superior Tribunal de Justiça para se manter o afastamento cautelar de prefeito com supedâneo na Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, excepcionalmente, as peculiaridades fáticas, como a existência de inúmeras ações por ato de improbidade e fortes indícios de utilização da máquina administrativa para intimidar servidores e prejudicar o andamento das investigações, podem sinalizar a necessidade de alongar o período de afastamento, sendo certo que o juízo natural da causa é, em regra, o mais competente para tanto.

V - A suspensão das ações na origem não esvazia, por si só, a alegação de prejuízo à instrução processual, porquanto, ainda que a marcha procedimental esteja paralisada, mantêm-se intactos o poder requisitório do Ministério Público, que poderá juntar novas informações e documentos a serem posteriormente submetidos ao contraditório, bem assim a possibilidade da prática de atos urgentes pelo Juízo, a fim de evitar dano irreparável, nos termos do art. 266 do CPC.

Agravo regimental desprovido (BRASIL, STJ, AgRg na SLS 1854/ES, Relator Min. Felix Fischer, 13/03/2014).

Também se coaduna a este entendimento, outra decisão do órgão abordado, em que o prazo estipulado é o de 180 dias:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO CAUTELAR DE PREFEITO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES.

1. O art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) estabelece que "A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual".

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias constataram a concreta interferência na prova, qual seja, a não prestação de informações e documentos aos Órgãos de controle (Câmara de Vereadores e Tribunal de Contas Estadual e da União), o que representa risco efetivo à instrução processual. Demais disso, não desarrazoado ou desproporcional o afastamento do cargo pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, pois seria, no caso concreto, o tempo necessário para verificar "a materialidade dos atos de improbidade administrativa".

Medida cautelar improcedente (BRASIL, STJ, MC 19214/PE, Relator Min. Humberto Martins, 13/11/2012).

Como observado, o Superior Tribunal de Justiça ainda detém certa disparidade quando da concessão da medida cautelar de afastamento, parecendo, nos últimos anos, estar tomando um caminho para pacificar alguns posicionamentos em relação ao tema.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem jurisprudência mais assentada quanto ao tema, trazendo julgados importantes e ponderados em relação a necessidade de estruturação das decisões que concedam as medidas de afastamento. A este respeito:

[...] Por outro lado, após a edição da Lei Complementar 135/2010, para obstar a **concorrência** ao mandato eletivo somente é constitucional e razoável exigir-se **condenação** após cognição exauriente de órgão colegiado do Poder Judiciário (ainda que sem trânsito em julgado, como antes previsto na LC nº 64/90 – objeto da ADPF nº 144/DF); com mais razão, nesse juízo cautelar, **não é legítimo** se admitir que **aquele que já se encontra eleito pela vontade popular e investido no mandato** tenha o exercício de suas **funções interrompida por ordem judicial provisória para fins investigatórios**, antes mesmo de qualquer decisão condenatória, sequer monocrática.

Em juízo de cautela, entendo que devem ser suspensos os efeitos da decisão reclamada para garantir ao detentor do mandato eletivo o exercício das funções que lhe foram outorgadas pelo voto popular.

Destaco que esse entendimento não afasta a possibilidade de que o juízo competente para conhecer da ação civil pública por ato de improbidade estabeleça providências cautelares para fins de resguardar a instrução probatória, desde que sua execução não resulte na impossibilidade de exercício do mandato eletivo pelo reclamante (BRASIL, STF, MC na Rcl 17.678/RJ, Relator Min. Dias Toffoli, 01/07/2014).

É no mesmo sentido a decisão em sede de Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.020/PA:

[...] Observo, nessa linha, que as medidas cautelares de afastamento de acusados que exerçam cargo público são excepcionais, não se podendo utilizá-las de forma subversiva que resulte na deturpação da essência de seu propósito processual.

Em que pese o caráter da medida, que visa preservar a ordem pública e a segurança jurídica, muitas vezes sua aplicação se distancia de seu propósito, especialmente quando constatada a possibilidade de a medida cautelar apresentar duração excessiva, inclusive por não se poder assegurar quanto tempo irá durar a instrução processual.

Nesse sentido, se num primeiro momento entendeu-se pela necessidade e adequação do afastamento do requerente do cargo de Prefeito municipal, para evitar que interferisse na instrução da ação de improbidade administrativa, entendo que não ficou demonstrado nas decisões ora atacadas que a medida continua sendo necessária e adequada.

Parece-me, pois, nesta análise prefacial dos autos, própria da medida em espécie, que a determinação deixou de ser adequada/necessária, pois não foi demonstrada de que forma o ora requerente poderia atrapalhar o curso da instrução processual caso voltasse a ocupar a chefia do Poder Executivo local [...].

[...] Por essas razões, penso que o afastamento cautelar não pode subsistir. Quanto ao *periculum in mora*, entendo comprovado ante a concreta possibilidade de que o requerente seja mantido afastado do cargo para o qual foi eleito até o encerramento do mandato, sem que a ação de improbidade administrativa chegue ao seu final, o que representaria uma clara antecipação dos efeitos de um eventual juízo condenatório (BRASIL, STF, MC na SL 1.020/PA, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 02/08/2016).

Contudo, em julgado baseado em pedido de suspensão de liminar, o STF já denegou o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 927/MT:

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. AFASTAMENTO CAUTELAR DE PREFEITO POR PRAZO DETERMINADO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 20 DA LEI 8.429/1992. DECISÃO AGRAVADA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E ALICERÇADA NA LEI DE REGÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Dispõe o parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/1992 que o afastamento cautelar, por prazo determinado, só poderá ser aplicado quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

II – A decisão combatida encontra-se devidamente fundamentada e alicerçada na lei de regência.

III – Agravo a que se nega provimento (BRASIL, STF, AgRg na SL 927/MT, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 06/04/2016).

Portanto, apesar de ser uma corte em que as questões relacionadas à medida cautelar em análise parecem ser delineadas com mais razoabilidade e proporcionalidade, há de se entender que o STF também apresenta decisões divergentes acerca do presente tema, isto não foge à própria dinamicidade do Direito.

Nada obsta, porém, que o judiciário brasileiro, em busca de uma maior harmonia e segurança jurídicas, delimite os contornos à aplicação da lei de forma justa, sopesando os valores coletivos (Administração Pública) bem como os individuais (Agente Público).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o que fora analisado, e, diante da situação atual do panorama jurídico/político brasileiro, é consequência afirmar que, as medidas que buscam responsabilizar os agentes públicos ou terceiros que não respeitem as limitações impostas no trato da coisa pública, são ferramentas de empoderamento jurídico e social.

Isto porque, não teria sentido se ter uma legislação tão rica e, além disso, com o rigor necessário para disciplinar todo o contexto em volta da improbidade administrativa, sem poder dela utilizar-se em sua inteireza ou totalidade, sendo certo que o caminho traçado pelos poderes, sobretudo pelo judiciário, para se chegar à finalidade comportada no Estado Democrático de Direito brasileiro, deve se ater à razoabilidade e à proporcionalidade, como princípios inerentes ao equilíbrio social que deve ser atingido com a Justiça, sendo o Direito sua principal, porém, não única, ferramenta.

Nesse sentido, pode-se concluir que a medida cautelar de afastamento preventivo de Prefeitos municipais é medida extrema e excepcional no curso do processo, sendo imprescindível que o julgador a utilize de forma residual, caso contrário, estará atribuindo à mesma, força de uma cautelar antecipatória, ou, como exposto no novo Código de Processo Civil, uma verdadeira antecipação dos efeitos da tutela definitiva, que como se viu, foge à própria finalidade da cautelar probatória de afastamento do agente público.

Porém, é necessário ter em nosso ordenamento jurídico medidas que tornem úteis e efetivas as decisões que, lastreadas na legalidade, tenham a justiça – sobretudo social, que vem a ser a mais atacada com as práticas desonrosas dos agentes públicos, visto que atingem o bem comum – como paradigma para a obtenção da prova necessária e do *status quo ante* da Administração Pública que tenha sido lesada.

A busca incessante pelo combate à improbidade, à corrupção e tantos outros males que assolam a Administração Pública brasileira, deve esbarrar nos limites impostos pela lei e pelos princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal e seus corolários (ampla defesa, contraditório, entre outros). Além do mais, é notável que entre o uso da cautelar de afastamento preventivo no curso do processo e a comprovação da prática do ato de improbidade e a responsabilização

necessária, são caminhos que se chocam. O primeiro, colide frontalmente com o princípio da democracia, que tem como principal ferramenta de escolha de representatividade, no ordenamento brasileiro, o voto. O segundo está ligado à supremacia do interesse público, visto que não deve a coletividade restar prejudicada.

Usando os parâmetros expostos, e atentando-se aos abusos, não resta dúvida que caso haja necessidade, poderá sim, o detentor de cargo público eletivo na administração pública municipal, ser afastado de sua função, para instruir-se o feito e dar à sociedade, a transparência necessária.

Já a não observância das delimitações legais, é caminho tortuoso que põe em xeque as garantias e direitos fundamentais conquistados pelo ser humano, com grande luta e coragem.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO; Renata Elissandra de. Os principais aspectos da lei de improbidade administrativa. **Revista da AGU**, Brasília, ano IX, nº 26, p. 315-336, out./dez., 2010. Disponível em: <[www.agu.gov.br/publicacao](http://www.agu.gov.br/publicacao)>. Acesso em: 17/03/2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 03/11/2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15/07/2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei 201/67**. Disponível em: < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 08/11/2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 1.079/50**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 08/11/2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.429/92**. Disponível em: < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 13/05/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 867/CE**. Relator: Min. Ari Pargendler. 05/11/2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 02/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1442/MG**. Relator: Min. Ari Pargendler. Relator p/ acórdão: Min. Presidente do STJ. 24/11/2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 02/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1854/ES**. Relator: Min. Felix Fischer. 13/03/2014. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 02/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 3181/GO**. Relator: Min. José Delgado. 21/11/2000. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 02/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 5214/MG**. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. 10/06/2013. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 02/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 7325/AL**. Relator: Min. José Delgado. Relator p/ acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros. 02/12/2003. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 02/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 19214/PE**. Relator: Min. Humberto Martins. 13/11/2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 02/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 967.841**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. 16/09/2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 15/03/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 993.065/ES**. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. 26/02/2008. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 13/10/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 927/MT**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 06/04/2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 01/07/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação nº 17.678/RJ**. Relator: Min. Dias Toffoli. 01/07/2014. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 01/07/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1.020/PA**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 02/08/2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 01/07/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 2.138/DF**. Relator: Min. Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. 13/06/2007. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 07/11/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 803.297/RS**. Relator: Min. Celso de Mello. 06/02/2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10/11/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 739.638/MT**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. 01/03/2013. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10/11/2017.

CAVALCANTI, Fabrício José. **O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa: Lei n. 8.429: comentada.** Leme: Cronus, 2009.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados na VI Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej>>. Acesso em: 27/11/2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Breves Considerações sobre novo ato de improbidade incluso na Lei 8.429/1992.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20/10/2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. In: **Revista dos Tribunais.** Vol. 766/1999. p. 88-99. ago/1999. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Vol. 7. p. 869-884. nov/2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?crumb-action=recreate&stnew=true&crumb-label=Home&area-of-interest=wibrHome>>. Acesso em: 12/10/2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. et al. apud QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na Lei de Improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. **OMNES, Revista Jurídica Digital.** Brasília, vol. 2, nº 2, p. 27-49, out., 2013. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/revistaomnes/>>. Acesso em: 15/05/2017.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na Lei de Improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. **OMNES, Revista Jurídica Digital.** Brasília, vol. 2, nº 2, p. 27-49, out., 2013. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/revistaomnes/>>. Acesso em: 15/05/2017.

ROLIM, Luciano. O periculum in mora nas medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União.** p. 75-98. Brasília, ano 6, n. 24/25, jul./dez., 2007. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-24-25-julho-dezembro-de-2007>>. Acesso em: 19/10/2017.

SILVA; Brenno de Torres Bento da Silva e; SILVA; Roberta Cruz da. Org. Andreas Krell et. al. **A interpretação – aplicação do direito no Brasil**: em busca de um padrão hermenêutico para a constituição de 1988. Recife: APODDI, 2017. Disponível em: <<http://constituicaodemocracia.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 08/10/2017.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação de improbidade contra agentes políticos. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36 n. 195, maio 2011.