

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARCELO FERNANDO BORSIO

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto; Marcelo Fernando Borsio; Mamede Said Maia Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-403-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília, do Centro Universitário do Distrito Federal e do Instituto de Direito Público, no período de 19 a 21 de julho de 2017, sob a temática Direito e Desigualdades: O Papel do Direito nas Políticas Públicas.

O Grupo de Trabalho denominado Direito Administrativo e Gestão Pública I desenvolveu suas atividades no dia 21 de julho/17, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, e contou com a apresentação de dezoito temas que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos. Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções sobre o Direito Administrativo e suas multifacetadas causas e consequências diante de parcas políticas públicas, principalmente quanto ao descaso com o erário público, seus desvios e desmandos, em sede de processos administrativos, gerando baixo ou insignificante concretude no atendimento aos anseios da sociedade por meio de políticas de governo.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão da falta de concessão de licença maternidade ou indenização às gestantes que exercem funções públicas em comissão, o que é cenário concreto de alegação de reserva do “financeiramente” possível. Traduzem, outrossim, em temas como o princípio da eficiência, regulação estatal, disponibilização de informações e racionalidade humana versus paternalismo literário, inclusive analisando sob a ótica de corrupção e outros pontos heurísticos. Ainda nessa esteira, os escritos caminham pela análise do princípio da moralidade como referencial na atividade ética da Administração Pública e pressuposto e validade de todos os atos administrativos, que devem ser éticos e morais. E corrobora outro manuscrito com as políticas públicas negligenciadas e a possibilidade de regresso do ente público perante o agente público negligente.

Tudo é questão de moral comum e moral da Administração, diz certo trabalho acadêmico. A primeira delas, contextual da vida e, a segunda, normativa constitucional. A segunda depende do agir moral da primeira em face do gestor. Sem olvidar da análise da sugestão de amplitude

do conceito de corrupção em face de uma releitura da supremacia do interesse público, pois sempre há colisão de interesses, devendo haver (e já há) nova diferença entre o interesse público e o interesse da sociedade como um todo.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre a pretensa existência de reais pressupostos de uma Administração Pública desejável: o bem de todos, eficiência com eficácia, releitura da discricionariedade, real ideia de gestão pública, inclusive participativa. E o controle público desses gastos públicos pelos Tribunais de Contas? Texto límpido e escoreito tratou da polêmica e a ineficiência dos levantamentos dos gastos públicos pelas Cortes de Contas, pois muitos são os casos de corrupção em todas as esferas, o que demonstra que as cortes dos Legislativos não dão mais conta de seriedade e legalidade. Há falta de independência na escolha das composições, concluindo pela adoção das auditorias gerais por período limitado de nomeação.

Outra contribuição ao Grupo de Trabalho foi a análise das tomadas de conta especiais e sua atual ineficiência na recuperação de valores para as políticas públicas. Na esteira da ação de improbidade administrativa, a contribuição foi quanto à crítica da concessão de liminares para bloqueio de bens apenas com informações laterais do inquérito civil, mitigando garantias individuais com a utilização temerária do contraditório diferido na investigação, devendo haver revisitação, conclui, do conceito de improbidade administrativa, do próprio inquérito civil que colhe apenas elementos de informação, prejudicando o patrimônio de pessoas de modo cautelar, perigoso e a prolongado tempo.

As parcerias público-privadas, com uso da arbitragem, podem ser solução técnica de lides do contexto e para a busca de políticas públicas efetivas, como o caso de escolas primárias em Belo Horizonte, assentou um dos temas. Contudo, como diz outro trabalho, sendo a parceria apenas para os serviços administrativos, nunca pedagógicos e diretivos. Nas organizações civis e suas múltiplas possibilidades, como sinal de eficiência, o recurso deve ser direcionado para as atividades em consonância com as políticas públicas que estão sendo desenvolvidas.

Em se tratando de ressignificação e releituras, outra proposta foi quanto ao princípio da legalidade e o monopólio do Legislativo, pois em face da proteção das liberdades individuais, a Administração Pública pode até atuar contra legem anulando seus atos, fazendo valer a boa-fé e confiança. E porque não dizer da construção de confirmação legal para reforçar a competência da procuradoria de fazenda pública municipal para inscrever créditos tributários, controlando-os e revisando atos sob o manto da legalidade. Por fim, a tarde encerrou seus trabalhos com a exposição da responsabilidade objetiva dos notários e alteração legal para subjetiva, contrapondo-se aos comandos constitucionais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT – Direito Administrativo e Gestão Pública I agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-Graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho – Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Prof. Doutor Felipe Chiarello de Souza Pinto – Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

Prof. Doutor Marcelo Fernando Borsio – Curso de Mestrado do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF.

**INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PROCESSUALIDADE
DEMOCRÁTICA.**

**UNAVAILABILITY OF GOODS IN THE ACTION OF ADMINISTRATIVE
IMPROBITY: AN ANALYSIS UNDER THE OPTICS OF THE DEMOCRATIC
PROCESSUALITY.**

Júlia Alves Almeida Machado ¹

Resumo

A presente pesquisa teve por objetivo o estudo da liminar inaudita altera parte de bloqueio de bens do demandado, concedida na ação civil pública de improbidade administrativa, frente aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Especificamente discutiu-se se a concessão liminar da tutela processual de constrição judicial de bens do demandado caracteriza ou não cerceamento de defesa no âmbito da processualidade democrática. Nesse contexto debateu-se se essa liminar de bloqueio de bens, antes mesmo da citação do demandado, é ou não uma forma de presumir sua culpabilidade e responsabilidade pelos atos a ele imputados.

Palavras-chave: Ação civil pública, Ação de improbidade administrativa, Tutela liminar, Bloqueio de bens, Moralidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This research aimed to study the injunction inaudita altera parte of defendant's property lock, granted in the public civil action of administrative misconduct, compared to constitutional principles of contradictory, legal defense and process. Specifically discussed whether the injunction granting in the procedural protection of judicial constriction of defendant's property features or not defense retrenchment within the democratic processuality. In this context discussed whether this injunction of blocking property, even before the defendant quote is or is not a way to assume his guilt and responsibility for the acts imputed to him.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public civil action, Action of administrative misconduct, Tutelage injunction, Blocking of assets, Administrative morality

¹ Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a finalidade de analisar a concessão da liminar *inaudita altera parte* na ação civil pública de improbidade administrativa, e quais as consequências trazidas ao jurisdicionado demandado.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é uma forma de absolutizar e justificar a concessão liminar de bloqueio de bens do demandado em ação civil pública de improbidade administrativa. Ou seja, a doutrina justifica que em razão dessa supremacia do interesse público é possível bloquear os bens do demandado antes mesmo de citá-lo regularmente na ação de improbidade administrativa.

Importante ressaltar que tal previsão legal prevista no plano infraconstitucional contraria diretamente os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, que são garantias asseguradas à parte demandada de resistir legitimamente de forma jurídica à determinação unilateral de constrição judicial de seus bens.

O deferimento de pedido liminar é realizado por meio de decisão interlocutória ao início da ação processual (fase postulatória), e anterior à manifestação do demandado, ou seja, antes mesmo daquele exercer seu direito ao contraditório, apresentando sua defesa em relação às alegações iniciais, e, por esta razão, o deferimento deste pedido depende da observância de alguns requisitos, como a presença do *fumus boni juris* (fumaça do bom direito, que é a probabilidade do pedido ser confirmado ao final da ação, por meio de sentença), e do *periculum in mora* (que demonstra o perigo da demora em caso da não concessão dos pedidos liminares), e ainda, a possibilidade de reversão da medida liminarmente concedida.

Muitas vezes pautado em provas meramente indiciárias o Ministério Público, enquanto legitimado ativo, parte da presunção de culpa absoluta do demandado na ação de improbidade administrativa, ou seja, uma espécie de inimigo do interesse público.

Como é possível que o magistrado, no âmbito da cognição rarefeita, pautado em provas indiciárias, venha a presumir a culpa do demandado a ponto de determinar solitariamente o bloqueio de todos os seus bens antes mesmo de instaurar o contraditório? A decisão solipsista do magistrado que determina unilateralmente o bloqueio de bens do demandado constitui claramente o cerceamento de defesa.

É exatamente neste contexto que se pauta o presente artigo, de modo a buscar uma utilização mais adequada e responsável da ação de improbidade administrativa, e mais ainda, num julgamento eficaz das ações desta natureza, a qual visa a guarda de direitos tão caros ao coletivo: uma boa administração, que seja proba e eficiente.

Inicialmente, buscou-se apresentar a sistematização jurídico-legal da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa no Brasil, mostrando a conceituação do que vem a ser um ato de improbidade administrativa.

Num segundo momento, foi realizada a análise do tema-problema, sob a ótica do processo constitucional democrático para, posteriormente, através da análise democratizada do processo, discutir-se especificamente se a liminar *inaudita altera parte* de bloqueio de bens na ação civil pública de improbidade administrativa cerceia ou não o contraditório e a ampla defesa, uma vez que seu deferimento é feito através da adoção do contraditório diferido, ou seja, a postergação do contraditório permite ao juiz a análise do pedido sem a participação da parte demandada, e esta análise é feita com base em elementos indiciários de convicção, trazidos por meio dos elementos de informação produzidos em sede de inquérito civil.

Assim, também foi realizado o estudo do inquérito civil, procedimento este que é efetivado longe do crivo do contraditório. Foram feitos apontamentos do inquérito civil, à luz do processo democratizado, analisando-se a obrigatoriedade de observância do contraditório neste procedimento, uma vez que a própria previsão constitucional determina que todo procedimento, seja ele administrativo ou judicial, deve obediência ao contraditório, não sendo admissível, portanto, a adoção de procedimentos que cerceiam tais garantias individuais previstas constitucionalmente como direito fundamental de todo e qualquer cidadão que esteja sendo demandado, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial.

Quanto à metodologia, adotou-se a pesquisa teórico-bibliográfica, para a análise crítica do tema-problema ora proposto. Desenvolveu-se, ainda, a pesquisa documental considerada referencial lógico-científico para a construção de análises teóricas e interpretativas.

O método indutivo foi utilizado para delimitar o objeto da pesquisa, partindo-se de uma concepção macroanalítica para uma visão microanalítica no que atine ao estudo do tema.

Destarte, foram lançados apontamentos pertinentes acerca do tema-problema tratado nesta pesquisa, com o objetivo de, por meio do método indutivo de pesquisa, esclarecer os pontos controversos sobre o deferimento da liminar de bloqueio de bens na ação civil pública de improbidade administrativa.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE E SUA SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICO-LEGAL NO BRASIL

Inicialmente, mister destacar que improbidade, de acordo com o dicionário da língua portuguesa, significa, dentre outras definições, desonestidade, má índole, ausência de probidade. Designa conduta desonesta ou corrupta. O improbo é aquele que desrespeita as normas legais, morais, sociais e costumeiras.

A repressão à improbidade administrativa possui matriz constitucional, consubstanciada na violação ao princípio da moralidade administrativa, um dos princípios norteadores da administração pública, e, como bem aponta Hely Lopes Meirelles (2009, p.90), a moralidade administrativa é “pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública”.

Ressalte-se que a defesa da moralidade administrativa envolve um interesse transindividual, que merece a tutela coletiva, e esta, por sua vez, frente ao desenvolvimento da sociedade e o aumento da complexidade das relações humanas, vem sendo tratada com mais importância, com a tutela dos chamados interesses difusos e coletivos.

Realizando inicialmente uma breve sistematização jurídico-legal no Brasil, onde infelizmente existe um histórico comumente ligado aos grandes escândalos de corrupção, e ainda, em virtude do atual cenário político que se apresenta na Administração Pública, percebe-se que a defesa da moralidade administrativa, bem como de outros direitos difusos e coletivos, já vinham sendo tratados por leis até mesmo anteriores à Constituição Federal de 1988.

A Lei de Ação Popular (LAP), de número 4.717, datada de 29 de junho de 1965, foi a primeira lei criada no Brasil com o objetivo de tutelar direitos coletivos, dentre eles, a moralidade administrativa, tendo como legitimados ativos quaisquer cidadãos, os quais têm direito de ir a juízo para tentar invalidar atos administrativos praticados pela administração pública direta e indireta que ferir o patrimônio público e a moralidade administrativa, mediante a anulação do ato lesivo.

Posteriormente, citada pela primeira vez pela Lei Complementar Federal de nº 40 de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público), em seu artigo 3º, inciso III, até a edição, aos 24 de julho de 1985, entrou em vigor a Lei de Ação Civil Pública, de número 7.347 que, não só abrangeu o objeto da LAP, mas também o ampliou, acrescentando em seu objeto a tutela de quaisquer outros direitos difusos e coletivos.

Verifica-se, portanto, que não foi só com a vigência da CF/88 que o legislador se preocupou em reprimir atos de improbidade administrativa, visando o respeito ao princípio da moralidade. Esta preocupação já era suscitada desde 1965, com a edição da Lei de Ação Popular (LAP) e, posteriormente, com a Lei de Ação Civil Pública (ACP).

Nessa perspectiva, preocupou-se o legislador constituinte originário em continuar preservando a moralidade administrativa e combater os atos de improbidade administrativa, de modo que inseriu no artigo 37 da CF/88 a determinação de que a administração pública direta e indireta dos Poderes da União, Estados e Municípios obedecerão ao princípio da moralidade, penalizando de maneira incisiva aqueles que praticarem atos de improbidade administrativa, com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo ainda da ação penal cabível.

O aludido artigo, quando trouxe, além do princípio da moralidade, diversos outros que regeriam a Administração Pública, também trouxe consigo o objetivo de diminuir a discricionariedade administrativa, sendo esta a principal consequência da constitucionalização dos princípios da administração pública, os quais servem para limitar a discricionariedade: diminuindo-se a discricionariedade, reduzindo-a a não apenas uma escolha libertina da administração pública, mas em uma faculdade dentre tantas outras legalmente previstas. Assim, apesar de existir uma aparente liberdade do administrador público, quando da prática de seus atos, esta liberdade, frise-se, está legalmente assistida e deve-se pautar nos princípios orientadores da Administração Pública.

Por outro lado, apesar das punições pela prática de ato de improbidade administrativa já constarem expressamente no artigo 37 da CF/88, após o advento da Constituição Federal de 1988, editou-se a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), de número 8.429, de 02 de junho de 1992, que veio com a finalidade de dar proteção e efetividade às normas constitucionais trazidas pelo artigo 37, sobretudo àquelas que dizem respeito à probidade administrativa. É que a LIA trouxe previsões sobre atos que configuram a improbidade administrativa, bem como quais as condições e sanções constitucionalmente previstas serão aplicadas ao jurisdicionado que praticou os atos naquela lei previstos.

A aplicabilidade no mundo jurídico dos dispositivos previstos na LIA é realizada atualmente por meio do instrumento de Ação Civil Pública, onde, através de uma Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, busca o Ministério Público combater os atos de improbidade administrativa praticados pelos legitimados passivos.

Todavia, questiona-se acerca da necessidade de instaurar uma ação civil pública, procedimento este regulamentado por lei específica, qual seja, Lei 7.347/85, para efetivar a lei de improbidade administrativa, que também se trata de lei específica, formando, portanto, um procedimento misto, uma vez que regulamentado tanto pela lei de ACP quanto pela LIA, ou ainda, a possibilidade de atingir um dos objetos previstos pela LIA por meio de ação popular.

Tal questionamento ainda não possui entendimento consolidado em nossos Tribunais, mas a doutrina majoritária afirma que a Lei de Ação Civil Pública se trata de lei processual, e instrumento capaz de efetivar a LIA, que se trata de lei material. Destarte, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) vem possibilitando a aplicabilidade das sanções previstas na LIA em sede de ação popular, embora o entendimento majoritário seja de que, para se efetivar a LIA, sobretudo a aplicação das sanções nela previstas, necessário se faz o ajuizamento de ação civil pública. Ademais, o STJ também vem consolidando o entendimento de que, para haver o ato de improbidade administrativa, necessário se faz a comprovação do enriquecimento ilícito e o efetivo dano ao erário, e não tão somente a violação de princípios da Administração Pública. Sobre estas problemáticas, será explanado a seguir.

2.1 Moralidade Administrativa na perspectiva constitucionalizada

A nossa Constituição Federal prevê em seu Preâmbulo um Estado Democrático de Direito, voltado para o Estado Social, e o adequado funcionamento das suas instituições é condição essencial, inerente a este Estado, na forma de uma administração mais atenta ao cumprimento de seus princípios, principalmente naqueles que tangem à moralidade e à probidade, criando-se mecanismos de proteção da *res publica*, buscando-se uma administração proba, eficiente, e compromissada.

Não bastaria à Constituição apenas organizar o Estado entre seus vários organismos, as competências para o exercício do Poder, colocando nas mãos do povo, que detém a titularidade deste poder, seu direito de sufrágio, podendo escolher seus representantes, se não conferisse também a este mesmo povo o direito a um governo probo, honesto, com governantes eficientes e zelosos pela coisa pública (*res publica*) e que adotem, no exercício de suas funções, os princípios da boa administração constitucionalmente previstos, tais como a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência.

A constitucionalização dos princípios da Administração Pública, acima citados é, na verdade, verdadeira limitação ao exercício do seu poder discricionário. Os princípios limitam a atuação do agente público, que deve pautar suas condutas nos aludidos princípios.

Visando a manutenção de uma “boa” administração, proba e eficiente, nasceu o princípio da moralidade administrativa, e foi com a Constituição de 1988 que a moralidade administrativa ganhou os pressupostos máximos do sistema constitucional, sendo essência da democracia.

A CF/88 se preocupou em estabelecer meios de repressão das condutas ímprobas e imorais de seus agentes, por meio do controle jurisdicional, através das ações judiciais, que são instrumentos universais de defesa em caso de lesão ou ameaça a direitos. Criou instrumentos específicos de tutela de direitos transindividuais, visando à preservação da boa administração e da coisa pública, como é o caso da Ação Popular e da Ação Civil Pública que, embora criadas anteriormente à CF/88, são instrumentos de defesa da coisa pública e tutela de direitos transindividuais, citadas no texto constitucional, nos artigos 5º, LXXIII e 129, III, respectivamente.

Nesta mesma linha de preocupação, a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 37, § 4º, sanções por atos de improbidade administrativa, com o objetivo de punir os responsáveis por ato de improbidade.

Foi neste contexto que surgiu a Lei de Improbidade Administrativa, que, regulamentando o texto constitucional, nasceu com a perspectiva de combater atos que afrontem a moralidade administrativa e que afetem a coisa pública. Verifica-se que esta lei, muito mais que tutelar direitos transindividuais, visa a aplicação de penalidades para aqueles que afrontarem os princípios da Administração Pública.

Importante destacar que a Lei de Improbidade Administrativa também se consubstancia em um procedimento, prevendo regras de natureza processual, uma vez que disciplina a ação judicial cabível para a imposição das sanções nela previstas: a ação de improbidade administrativa, a qual possui um caráter repressivo.

Aliás, é exatamente por este aspecto (ter caráter repressivo), que a Lei de Improbidade Administrativa se diferencia da Ação Civil Pública e da Ação Popular: enquanto as duas últimas visam a tutela de direitos coletivos, a primeira visa a punição por atos de improbidade administrativa e que afetem a coisa pública, portanto, a coletividade.

Destarte, traçando um ponto comum entre estas três ações (ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa), conforme lembra ZAVASCKI (2014, p. 94): “as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta”.

Contudo, a LIA possui comandos muito abertos, uma vez que, ao prever as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, trata essas sanções em seu sentido lato, “para significar a generalidade das consequências jurídicas decorrentes do descumprimento da norma. [...] Sanção é qualquer consequência jurídica decorrente do descumprimento de um preceito normativo” (ZAVASCKI, 2014, p. 95). Assim, é necessária parcimônia no manejo indiscriminado de ações de improbidade administrativa para que este instrumento jurisdicional não seja enfraquecido ou se torne impotente pelo excesso de sua utilização, sobretudo para os casos em que a mesma não se enquadra.

Ressalte-se que as hipóteses de cabimento da ação de improbidade administrativa estão previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, os quais também apresentam quais os atos passíveis de configurar atos de improbidade administrativa, sendo aqueles que importem em enriquecimento ilícito, lesão ao erário e qualquer ato que atente contra os princípios da administração pública.

O ponto sensível desta lei é que a mesma não definiu, de forma expressa, quais os elementos essenciais dos atos de improbidade, limitando-se a elencar tais atos de forma ampla no texto legal, bem como suas respectivas sanções, de modo que sua utilização se fundamenta em interpretações amplas dos elementos nucleares dos tipos descritos nos artigos 9º a 11, sendo utilizado de maneira equivocada e indiscriminada.

MATTOS (2010, p. 28) observa ainda que “a lei em questão se assemelha à norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto e cujo aperfeiçoamento fica por conta de quem interpreta a lei de improbidade administrativa”.

Ainda completa o autor:

O dever de identificar com clareza e precisão os elementos definidores do ato de improbidade administrativa competia à Lei nº 8.429/92, que preferiu se omitir sobre tal questão, fixando apenas seus três tipos. Ou seja, não há a definição do núcleo do tipo do ato ímprobo por parte da Lei de Improbidade Administrativa. A acusação, desatenta, desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica, é possibilitada pelo caráter aberto da norma “sub oculis”. [...] A definição de improbidade administrativa não pode ser um “cheque em branco” ou ato de prepotência do Membro de Ministério Público, pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica. (MATTOS, 2010, p. 28).

É exatamente esta possibilidade aberta de interpretação da lei que pede atenção quanto à sua utilização, uma vez que seus dispositivos trazem hipóteses exemplificativas de condutas que podem levar a atos de improbidade administrativa, e mais ainda, pede atenção do magistrado quando do julgamento de ações desta natureza, uma vez que a ausência de

explicitação legal do núcleo da improbidade administrativa pode levar ao ajuizamento de ação de improbidade para casos que não comportem o devido enquadramento.

Destarte, é a própria Constituição quem repugna falhas legislativas como esta, assim, “somente os casos que se enquadrem em seus comandos de forma clara e expressa é que deverão submeter-se à liturgia da Lei nº 8.429/92” (MATTOS, 2010, p.30), de forma a evitar o manejo de ação de improbidade administrativa indevidamente.

Por outro lado, é importante destacar que o ato de improbidade nem sempre será um ato administrativo, podendo ser também qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada pelo agente público no exercício de sua função ou até mesmo fora dela.

Isto porque o artigo 5º da LIA determina que “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” (Lei 8.429/92), e ainda, o artigo 6º determina que para os casos de enriquecimento ilícito, “perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”. (Lei 8.429/92). Assim percebe-se que os atos de improbidade nem sempre serão atos administrativos, uma vez que podem ser praticados por terceiro que se beneficiam do resultado do ato de improbidade inicialmente praticado pelo agente público, que pode estar em exercício ou não de suas funções.

Todavia, antes de compreender a aplicação jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, necessário se faz compreender em que consiste o ato de improbidade administrativa, ou ainda, em que consiste a probidade administrativa e quais suas consequências no âmbito da administração pública.

2.2 Compreensão jurídica sobre o que é improbidade administrativa

A etimologia do termo moral vem do latim, *morale*, que é relativo aos bons costumes. Já o termo improbidade, de igual forma vem do latim, *improbitate*, que significa desonestidade.

De acordo com o senso comum, o conceito de improbidade administrativa pode ser definido como imoralidade administrativa qualificada, sinônimo de desonra, desonestidade, má índole.

Pode-se também dizer que a improbidade é configurada pela afronta não só do princípio da moralidade administrativa, mas também do princípio da legalidade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência, na medida em que se trata de afronta aos princípios norteadores da administração pública.

Para Mauro Ferreira Gomes de Mattos,

[...] improbidade administrativa é aquele em que o agente público pratica o ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa. É a prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma moralidade qualificada. (MATTOS, 2010, p. 31).

Percebe-se que o autor se refere a uma ação ou omissão imoral, contudo, ressalta que esta ação ou omissão deve ser necessariamente consciente e dolosa por parte do agente que a pratica.

Já para Hely Lopes Meirelles:

[...] a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. [...] o desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei ou, em outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.” (MEIRELLES, 2009, p. 92-115).

A partir desta observação, denota-se que a integralização dos valores internos do administrador são fundamentos de validade de sua ação, de modo que a imoralidade dever-se-á, portanto, ser observada a partir da intenção do agente, uma vez que o desvio da moralidade está diretamente vinculado à ideia de desvio de poder ou de finalidade.

Em consonância com esta ideia, Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz considerações acerca do descumprimento da moralidade administrativa ensinando que:

[...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2015, p. 112)

De acordo com a autora, é papel da Administração Pública atender aos fins da sociedade, assumindo efetivamente esta responsabilidade e cumprindo-a segundo os padrões normativos da justiça e da probidade, norteados pelos valores éticos que revelam a moralidade. Na mesma perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o princípio da moralidade administrativa é aquele em que

[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que

assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. (MELLO, 2006, p. 107)

Ou seja, o princípio da moralidade administrativa nada mais é do que uma determinação de conduta proba, que guarde conformidade aos princípios éticos e com aqueles que regem a própria Administração Pública.

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho:

[...]o princípio da moralidade impõe que o administrador não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. [...] o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa. [...] A falta de moralidade administrativa pode afetar vários aspectos da atividade da Administração. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 21-22)

Fábio Medina Osório (2007, p. 87-89), observa que a falta de probidade administrativa gera um problema que “tem que ser visto no universo da ética pública, no contexto de normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e os serviços públicos”, e complementa que improbidade “é uma imoralidade administrativa qualificada [...] toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa”.

Percebe-se, portanto, que, na perspectiva doutrinária, vários são os autores que coadunam com a ideia de que a improbidade administrativa está intimamente ligada com a afronta ao princípio da moralidade administrativa, por meio de um ato desonesto, que ocorre fora da observância dos padrões normativos da justiça e justeza, da ética e da boa administração.

Destarte, mister lembrar que a Lei de Improbidade Administrativa não traz um conceito fechado sobre a improbidade administrativa propriamente dita, mas apenas elenca atos que podem assim ser configurados, por meio de seus artigos 9º ao 11, ficando, pois, a cargo da doutrina e da jurisprudência a sua interpretação e a aplicação do texto legal no caso concreto.

3 LIMINAR NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Realizando uma análise jurídico-constitucionalizada da liminar *inaudita altera parte* na ação civil pública de improbidade administrativa, percebe-se que a atuação do Ministério Público é pautada na maioria das vezes no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Ou seja, o órgão ministerial, na maioria das vezes, não possui estrutura e tempo para realizar um inquérito civil íntegro, em virtude do compreensível acúmulo de serviço e, ao invés de concretizar sua suspeita ainda na fase inquisitorial, ajuíza a ação civil pública com base no *in dubio pro societate* para, no somente decorrer da relação processual, concluir se de fato houve ou não a ocorrência de um ato de improbidade administrativa. Em virtude disso, não raro se vê denúncias e ações serem arquivadas ao final da relação processual, a pedido do mesmo órgão que as formulou, ou por serem totalmente improcedentes.

O nosso Estado Democrático de Direito prevê um processo democrático, onde a dialeticidade das partes é primordial para a formação do provimento final. Não admite, portanto, que um interesse coletivo que hipoteticamente tenha sido ferido, seja preservado em detrimento de uma garantia individual, antes mesmo da instauração de um procedimento dialético, devidamente instruído sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Devemos lembrar que a Ação Civil Pública faz parte do microsistema das ações coletivas, dos quais fazem parte também a ação popular e as ações consumeristas. Esse microsistema carece de um mecanismo de proteção dos direitos que não fira ao mesmo tempo, garantias individuais.

Delimitando ainda mais, a ação civil pública de improbidade administrativa, por suas peculiaridades, traz efeitos excessivamente danosos quando, ao final da ação, o “interesse público” não restar comprovado. É tão latente a severidade da lei, que deu ao juiz o poder de extinguir o processo, imediatamente e em qualquer de suas fases, se for reconhecida a inadequação de improbidade, conforme dita o §11 do artigo 17. De igual forma é latente o dano e as consequências de ordem jurídica e moral que podem ser causadas ao jurisdicionado em virtude de uma ação infundada, tanto que a própria lei, em seu artigo 19, parágrafo único, remediou as consequências trazidas ao agente público que tiver sido lesionado materialmente, moralmente ou em sua imagem, sendo o órgão responsável pela ação obrigado a indenizá-lo. Percebe-se, desta forma, a importância do manejo responsável de ações civis públicas de improbidade administrativa.

O nosso processo constitucional é pautado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, e não mais admite arbitrariedades ou procedimentos baseados em meras suspeitas, desatreladas de quaisquer indícios de materialidade e autoria. Assim, o Ministério Público deve sempre ser cauteloso e “se cercar de todas as garantias de que exercerá a jurisdição de forma séria e correta, não maculando direitos de outrem nem promovendo a injustiça por meio de uma inaceitável perseguição a quem quer que seja.” (MATTOS, 2014).

3.1 Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito: a importância do contraditório nas relações judiciais e extrajudiciais

O nosso Estado Democrático de Direito prevê um modelo de processo constitucionalizado, onde incentiva a participação efetiva das partes, como forma de exercício da cidadania. Aqui, não mais permite um processo autocrático, solipsista, onde a relação existente entre o órgão julgador e o jurisdicionado é de subordinação, opressão, e temor.

As amarras do processo conservador e hierarquizado foram quebradas pela Constituição, quando em seu artigo primeiro, trouxe a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito, e a efetivação dos direitos fundamentais como corolário do paradigma de nosso Estado de Direito. Colocou todas as partes da relação processual no mesmo patamar, conferindo-lhes isonomia, oportunizando-se o debate paritário, e a possibilidade de questionamento da decisão proferida pelo órgão julgador, possibilidades estas que na Idade Média eram impossibilitadas face à atuação inquisitorial do Estado.

Assim, não se pode admitir a relativização de direitos fundamentais, por meio de julgamentos autoritários, uma vez que é a própria Constituição quem protege os cidadãos da atuação opressora do Estado, conferindo-lhes garantias que devem ser observadas em todas as relações, sejam elas extrajudiciais ou judiciais, e repudia a violação de quaisquer de seus princípios, dos quais o contraditório é colocado em destaque, a partir de sua importância diante da nova realidade processual trazida pelo modelo constitucionalizado de processo.

O princípio do contraditório aplica-se a todos os sujeitos de uma relação, seja ela administrativa ou judicial. Consiste na dialeticidade das partes, onde as mesmas têm a oportunidade de expor os seus argumentos e apresentar provas, com a finalidade da construção participada do provimento final. É o direito de manifestação, de poder contrapor as alegações por meio do debate técnico.

Assim, além de o demandado ter o direito de ser cientificado quanto à sua colocação no polo passivo de qualquer demanda, o contraditório garante a este sua participação ativa no processo, podendo, em igualdade de condições, influenciar na decisão final do magistrado, sob pena de nulidade do processo em caso da não oportunização de seu exercício.

Não é possível ao nosso modelo de processo que o mesmo seja disciplinado sem conferir às partes a paridade de armas no exercício das faculdades processuais. As partes, gozando das mesmas condições, têm o direito de influenciarem na decisão do órgão jurisdicionado e na formação do mérito. Essa previsão tem como fundamento de validade o Sistema Participativo de processo, onde as partes interessadas devem, efetivamente, interagir em pé de igualdade na formação da convicção do magistrado.

Desta forma, percebe-se que a efetivação do contraditório vai além de dar ciência ao demandado acerca da existência do processo, por meio da citação, mas confere ao mesmo a possibilidade de interação em relação a todos os atos processuais.

O contraditório é corolário do direito de defesa, é a possibilidade de impugnação, de recurso e de não ter sua esfera jurídica invadida sem que seja oportunizado o direito de se manifestar. Sua importância é tamanha que impede o juiz de decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado à todas as partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

É instrumento garantidor do devido processo legal, o qual impõe regras para que assim o seja, devido, pautado nas garantias constitucionais que devem estar presentes quando do processo, o qual deve ser apropriado ao caso e justo para as partes que serão afetadas.

4 LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE* DE BLOQUEIO DE BENS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não são raros os casos de gestores públicos demandados em ações de improbidade administrativa que, mesmo antes de ser citados, já têm seu patrimônio todo bloqueado por decisão judicial unilateralmente proferida a requerimento do Ministério Público.

É que a Lei de Improbidade Administrativa traz a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens do demandado quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito. Pela disposição do artigo 7º da LIA,

cabará à própria autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade de bens do indiciado.

Percebe-se que se trata da indisponibilidade de bens do indiciado, ou seja, antes mesmo de existir qualquer ação civil pública de improbidade administrativa.

Outra disposição semelhante é o artigo 16 do mesmo diploma legal, que prevê a possibilidade de sequestro de bens do demandado que tenha enriquecido ilícitamente ou tenha causado dano ao patrimônio público, em situações em que há fundados indícios de responsabilidade. Essas possibilidades trazidas pela lei podem ser efetivadas tanto de maneira antecedente ao processo, quanto de maneira incidental.

A análise que se fará na presente pesquisa é o caso de deferimento de medida cautelar de bloqueio de bens, de maneira liminar *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado.

O deferimento de pedido liminar é analisado por meio de decisão interlocutória ao início da ação processual (fase postulatória), e anterior à manifestação do demandado, ou seja, antes mesmo daquele exercer seu direito ao contraditório, apresentando sua defesa em relação às alegações iniciais.

Quando requerida com caráter liminar, por meio de uma ação civil pública de improbidade administrativa, deve atender obrigatoriamente, além dos requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, aqueles também previstos pelo artigo 305 do mesmo diploma legal.

Destarte, a análise dos elementos apresentados quando do pedido liminar de bloqueio de bens, findam em elementos indiciários, ou seja, provas unilaterais produzidas por meio de um procedimento inquisitorial: o inquérito civil.

Se já é temerosa a própria abertura de inquérito civil quando não robustas as denúncias realizadas junto ao órgão competente para a sua instauração, mais temerosa ainda é a análise de um pedido de bloqueio de bens com base em elementos meramente indiciários, elementos estes trazidos ao processo por meio de um procedimento que não permite o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O juiz, por meio de um juízo de cognição rarefeita, precisa analisar um pedido fundamentado em provas unilaterais, realizadas por meio de um procedimento inquisitivo, e proferir uma decisão interlocutória antes mesmo de cientificar a outra parte da existência do processo.

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça ter pacificado o entendimento que o deferimento de liminar de bloqueio de bens é plenamente possível, em razão do relevante

interesse público, a análise constitucionalizada do direito processual não permite que o interesse público seja desvinculado dos princípios de proteção e garantia individual do cidadão. Não pode o Ministério Público, com base em elementos indiciários, produzidos por meio de procedimento inquisitorial, defender uma expectativa de interesse público em detrimento de uma garantia individual do cidadão. Deve, muito pelo contrário, defender, respeitar e fazer com que tais direitos e garantias individuais sejam efetivamente preservados, sendo inclusive sua obrigação institucional, principalmente porque se trata do órgão responsável pelo inquérito civil público.

Ressalte-se a gravidade de um deferimento de liminar de bloqueio de bens antes da citação do demandado: este terá seus bens bloqueados antes mesmo de ser cientificado da existência do processo, sendo surpreendido pela atuação jurisdicional, em latente afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Se a relação processual só se pode ser considerada juridicamente organizada após o chamamento do réu em juízo, com a citação deste, o nosso ordenamento jurídico não poderia permitir que este seja surpreendido com uma decisão proferida antes mesmo de sua participação no processo, sem a oportunidade de apresentar provas e sua versão dos fatos. Ora, se o devido processo legal é cercado de garantias processuais fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, a sua relativização tira o caráter “devido” do processo, e a decisão interlocutória proferida não seria justa, uma vez que não oportunizou a todas as partes a dialeticidade para o seu provimento.

As únicas provas apresentadas são aquelas colhidas pelo órgão ministerial, de forma unilateral. O demandado não tem a oportunidade de exercer o contraditório, nem quando da colheita das provas, e nem da formação do convencimento do juiz.

Assim, a indiciariedade da prova produzida no início da fase postulatória da ação de improbidade administrativa não pode ser considerada suficiente para justificar e fundamentar a concessão de pedido liminar *inaudita altera parte* da tutela processual de bloqueio judicial dos bens do demandado, uma vez que a análise do pedido liminar é feita com elementos indiciários, e provas não robustas.

Na verdade, trata-se de uma excessiva valorização das provas produzidas em sede de inquérito civil público, procedimento inquisitivo, que parte do modelo acusatório de processo, e é pautado na presunção de culpa absoluta da pessoa demandada, que é tratada como uma espécie de inimigo do interesse público.

É uma forma de absolutizar o interesse público e sucumbir o interesse privado e a própria garantia individual do cidadão, prevista constitucionalmente, mediante a

pressuposição equivocada de que todo sujeito demandado numa ação de improbidade administrativa causou lesão ou prejuízo ao erário. Ressalte-se que nem todo ato imoral configura uma improbidade administrativa, e nem toda improbidade administrativa causa lesão ou prejuízo ao erário, máximas estas que sequer são observadas pelos autores da ação.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é, pois, uma forma de absolutizar e justificar a concessão liminar de bloqueio de bens do demandado em ação civil pública de improbidade administrativa. Ou seja, a doutrina e o próprio Superior Tribunal de Justiça justificam que, em razão dessa supremacia do interesse público, é plenamente possível bloquear os bens do demandado antes mesmo de citá-lo regularmente na ação de improbidade administrativa.

É uma maneira de violar diretamente os princípios do contraditório, ampla defesa, e do devido processo legal, que são garantias asseguradas à parte demandada de resistir legitimamente de forma jurídica à determinação unilateral de constrição judicial de seus bens. Tal legislação infraconstitucional (a LIA) legitima de forma clara o cerceamento de defesa quando permite o bloqueio de bens antes da citação do demandado.

Não é possível que o magistrado, no âmbito da cognição rarefeita, pautado em provas indiciárias produzidas unilateralmente, venha a formar seu convencimento presumindo-se a culpa do demandado a ponto de determinar solitariamente o bloqueio de todos os seus bens, antes mesmo de instaurar o contraditório. Essa decisão pode ser considerada autoritária e solipsista, pois a determinação unilateral do bloqueio de bens do demandado constitui claramente o cerceamento de defesa.

Ademais, a lei prevê o bloqueio de bens na extensão do dano causado. Não tem sido verificada na praxis a observância dessa determinação legal, pelo contrário, o que se tem observado é o bloqueio de bens é realizado de maneira integral, e não na suposta extensão do dano, justificando uma possível condenação, além do dano material, por dano moral da administração pública, que não pode ser quantificada em juízo de cognição rarefeita, tudo justificado pelo *in dubio pro societate*, e na supremacia do interesse público em detrimento do interesse individual. Esta situação afronta de forma latente a vinculação do magistrado ao pedido, e, conseqüentemente, ao devido processo legal.

Outra situação que deve ser ressaltada é que a ação civil pública de improbidade administrativa faz parte do microsistema de tutelas coletivas, assim, a utilização primária do CPC deve ser feita cautelosamente, uma vez que se trata de um código de processo individualista, e este microsistema de ações coletivas carece de mecanismos de proteção dos direitos coletivos que não fira garantias individuais.

A ação de civil pública de improbidade administrativa deve ser observada pelo seu caráter coletivo, mas não pode permitir que uma garantia individual seja relativizada com base em elementos rasos de convicção, e sem oportunizar ao particular o seu exercício do contraditório. O processo só pode ser considerado válido e as provas só podem ser valoradas se produzidas sob o crivo do contraditório e a ampla participação das partes, que deve se dar de maneira paritária, em busca do provimento final mais justo.

A conclusão que se chega é que permitir que decisões liminares, sobretudo as liminares de bloqueio de bens, sejam proferidas com base em elementos de convicção unilaterais, produzidos por meio de procedimentos manifestamente inquisitoriais, como é o inquérito civil, onde não é oportunizado o exercício do contraditório pela parte investigada, configura em verdadeira afronta ao princípio do devido processo legal, bem como das garantias do contraditório e da ampla defesa.

4.1 Análise da Obrigatoriedade de Observância do Contraditório no Inquérito Civil

A Constituição de 1988 trouxe como uma das funções institucionais do Ministério Público, a de promover a ação civil pública.

O sistema processual que rege a ação civil pública é tido pela doutrina como “misto”, uma vez que, precipuamente, conta com duas fases: a primeira, sendo chamada de fase de investigação, onde predomina a inquisitorialidade, e a segunda, chamada fase processual onde se permite o contraditório.

O Inquérito Civil é um instrumento colocado à disposição do Ministério Público para a apuração de atos de improbidade administrativa e formação de seu convencimento. De acordo com Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, é um

Procedimento administrativo no qual não incide o contraditório, por não veicular qualquer tipo de acusação nem buscar a composição de conflitos de interesses. [...] Ressalte-se que a não-incidência do contraditório no momento pré-processual não significa que a investigação levada a cabo pelo Parquet esteja dissociada dos parâmetros de legalidade estatuídos pelo sistema jurídico. (GARCIA e ALVES, 2008, p. 525).

Todavia, a posição acima colacionada vai de encontro com a determinação constitucional, que prevê a obrigatoriedade da observância do contraditório em qualquer procedimento, seja ele administrativo ou judicial. Seria, portanto, uma espécie de contraditório diferido o impedimento do exercício do contraditório em sede de inquérito civil.

Reitere-se que o *Parquet* possui limitações pelo próprio ordenamento jurídico quando da instauração de um inquérito civil, ou até mesmo da ação civil pública, e deve sempre apresentar uma justa causa para a sua instauração. Não existe, pois, liberdade absoluta para o Ministério Público instaurar de forma genérica inquéritos civis: a vontade pessoal do membro do *Parquet* é afastada para vincular a sua atuação às suas finalidades legais.

Todavia, em algumas situações tem se verificado a arbitrariedade de alguns membros do órgão ministerial, desvirtuando a sua atuação e criando um descrédito gerado pela sua prepotência, em virtude de perseguições de determinadas autoridades públicas ou particulares, que possuem a única finalidade de gerar fama na mídia e devassar com a vida do investigado, instaurando procedimento e manejando ações com base em convicções, e não em provas.

Apesar de se configurar abuso do direito de investigar, a devassa imotivada, com sérias e permanentes ofensas ao princípio constitucional da violação da dignidade humana, bem como da privacidade do próprio investigado, atualmente este desvirtuamento legal vem ocorrendo com certa frequência em todo o território brasileiro. (MATTOS, 2014).

Sendo um procedimento inquisitorial, uma vez que não permite o exercício do contraditório, se presta a formar o convencimento, tanto do Ministério Público (para manejar ou não a ação civil pública), quando do juiz. Todavia, há que se esclarecer que as provas e informações colhidas no inquérito civil possuem validade relativa, uma vez que não são produzidas sob o crivo do contraditório, e sim de forma unilateral.

Por isso diz-se que a fase investigatória é, portanto, inquisitiva, uma vez que não permite ao investigado que participe da colheita de provas, ou que as conteste ainda em fase investigatória.

Não é permitido em nosso ordenamento jurídico, que possui bases democráticas, admitir procedimentos que tragam resquícios da inquisitorialidade praticada na idade média, a qual tinha como seu ápice com o Tribunal do Santo Ofício, sendo da essência do sistema inquisitório o total desamor pelo exercício do contraditório.

De acordo com GAJARDONI, et al. (2011, p. 231),

Por se tratar de um procedimento inquisitorial, não há obrigatoriedade de ser garantido contraditório pleno aos investigados. É o representante do Ministério Público que, no caso concreto, definirá, à luz do art. 6.º, §5.º, da Resolução CNMP 23/2009 (que garante a qualquer pessoa o direito de apresentar documentos e informações para melhor elucidação dos fatos), se permite ou não a intervenção dos interessados, especialmente do investigado, e de seus advogados a bem da prestação de algum esclarecimento que se fizer necessário, colhendo suas declarações, definindo a juntada de resposta escrita e documentos, e autorizando a produção de provas sugeridas pelo investigado.

Ressalte-se que a prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial não possui nenhum valor probatório. Cabe ao *Parquet*, durante a instrução processual, demonstrar de forma uníssona e incontestável, por meio de provas claras e robustas, produzidas em contraditório, a autoria do ato ímprobo, não podendo buscar a condenação do agente público com base em elementos de informação colhidos apenas durante a fase inquisitorial.

É ônus probatório do MP, que deve provar todos os elementos configuradores do ato ímprobo, bem como seu aspecto doloso ou culposo, conforme os artigos 9 ao 11, por meio de uma interpretação sistêmica.

A prova só é válida se produzida sob o crivo do contraditório, e é por tais razões é que verificamos a total incompatibilidade do sistema inquisitório com o modelo constitucional de processo, que tem como premissa a necessidade precípua de se efetivar a ampla defesa e o contraditório em todas as esferas do processo, seja na fase investigatória, pois se trata de um procedimento administrativo, seja na fase processual.

5 CONCLUSÃO

A indiciabilidade da prova produzida no início da fase postulatória da ação de improbidade administrativa não é suficiente para justificar a concessão liminar *inaudita altera parte* da tutela processual de bloqueio judicial dos bens do demandado.

O inquérito civil público trata-se de um procedimento que possui resquício do processo inquisitivo pautado na presunção de culpa da pessoa demandada. É uma forma de absolutizar o interesse público e sucumbir o interesse privado mediante a pressuposição de que todo sujeito demandado numa ação de improbidade administrativa causou lesão ou prejuízo ao erário.

É uma maneira de violar diretamente os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, uma vez que tal legislação infraconstitucional legitima de forma clara o cerceamento de defesa. Portanto, a conclusão que se chegou com este trabalho é que a concessão de medida liminar (gênero) de bloqueio de bens em ação de improbidade administrativa, de fato, cerceia os direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa, uma vez que a medida pleiteada acontece antes da oportunização de defesa do jurisdicionado demandado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992: Lei de Improbidade Administrativa*. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 12/05/2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa: Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da Improbidade Administrativa: comentários à lei nº 8.429/92*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil Público e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa: Limites de Instauração*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5870-1/>>. Acesso em 27 set. 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014.