

Afastamento cautelar do agente público na “nova” Lei de Improbidade Administrativa

Fernando da Fonseca Gajardoni¹

Juiz de Direito no estado de São Paulo

Sumário: 1. Tutelas provisórias de urgência na improbidade administrativa. 2. Afastamento cautelar do investigado no curso da investigação ou da ação de improbidade administrativa: 2.1. Afastamento cautelar por decisão da autoridade administrativa; 2.2. Nova hipótese de cabimento do afastamento cautelar do agente: garantia da ordem pública; 2.3. Duração da medida cautelar de afastamento do agente. Conclusão. Bibliografia.

1. Tutelas provisórias de urgência na improbidade administrativa

No curso da apuração da prática de improbidade administrativa – que pode acontecer tanto no âmbito do Ministério Público (inquérito civil ou ação de improbidade administrativa) quanto na esfera administrativa (Comissão Processante) – pode surgir a necessidade da obtenção de medidas provisórias tendentes tutelar da idoneidade da investigação (apuração da prática do ato de improbidade administrativa) ou da ordem pública (evitar a reiteração de ilícitos), como, também, com escopo de preservar o patrimônio do investigado, a fim de que se garanta a oportuna reparação do patrimônio público lesado pelo ato ímprobo.

Prevê o art. 20, § 1º, da LIA (na forma da Lei 14.230/2021) que a:

autoridade judicial competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, do emprego ou da função, sem prejuízo da

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD/USP). Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP). Diretor Regional do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da IAPL (*International Association of Procedural Law*). Juiz de Direito do TJSP desde 1998, atualmente atuando como Juiz Auxiliar do STJ.

remuneração, quando a medida for necessária à instrução processual ou para evitar a iminente prática de novos ilícitos. (BRASIL, 2021).

Trata-se de medida cujo escopo é o de garantir a instrução da ação civil de improbidade ou evitar a reiteração de ilícitos, sem finalidade patrimonial, portanto.

Já o art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa (na redação pela Lei 14.230/2021) cuida da cautelar de indisponibilidade de bens do investigado ou do terceiro participe ou beneficiado (*caput e § 7º*)², que pode recair, inclusive, sobre contas bancárias e aplicações financeiras do investigado no exterior, conforme leis e tratados internacionais (§ 2.º).

São, portanto, duas as tutelas provisórias típicas previstas na Lei 8.429/92: (i) afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função pública (art. 20, §§); e (ii) indisponibilidade (bloqueio) de bens do indiciado ou de terceiros (art. 16, *caput e § 7º*)³.

Embora a Lei 8.429/1992 só trate das medidas de afastamento do agente do cargo e da indisponibilidade/bloqueio de bens e ativos, parece claro que a ação de improbidade administrativa não é imune ao alcance das regras gerais acerca das tutelas provisórias previstas nos artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil.

² Disposição repetida na Lei de Corrupção Empresarial (art. 19, § 4º, da Lei 12.846/2013): “O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé”. (BRASIL, 2013).

³ Não se deve confundir as medidas *judiciais* de indisponibilidade de bens e afastamento cautelar do agente do cargo, previstas nos arts. 16 e 20 da Lei 8.429/1992 (redação da Lei 14.230/2021), com as medidas *administrativas* correlatas previstas no art. 44 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). Por elas, a Corte de Contas pode, no início ou no curso de qualquer apuração, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento, sendo possível, ainda, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração. O STF já teve oportunidade de reconhecer a constitucionalidade das referidas cautelares administrativas, por considerar que elas não estão sujeitas à reserva judicial (MS 35.506, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j.13.10.2022).

Diante da necessidade do caso concreto, todas as demais medidas de garantia patrimonial (arresto, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens – art. 301 do CPC)⁴ e probatórias (produção antecipadas de provas – art. 381, I, do CPC) do sistema processual civil, inclusive as admissíveis com base no Poder Geral de Cautela do Juiz (art. 301, *in fine*, do CPC)⁵ – como é o caso da suspensão do contrato administrativo em curso⁶ –, poderão, desde que presentes os respectivos requisitos legais, serem utilizadas a bem da obtenção de

⁴ A obtenção das referidas medidas cautelares de cunho patrimonial, embora não impeça a cessão de bens e valores pelo agente ímprobo, possibilitará ao Ministério Público oportunamente, à luz dos arts. 792 do CPC e Súmula 375 do STJ, postular o reconhecimento da fraude à execução da operação, desde que promova a respectiva averbação da restrição nos registros públicos dos bens/direitos cedidos. Inclusive para fins de garantia do pagamento da multa civil, acréscimo patrimonial resultante da atividade lícita, danos morais e sociais *etc.*, rubricas não cobertas pela indisponibilidade do art. 16 da Lei 8.429/1992. Para análise mais aprofundada da questão, *cf.* GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JR. Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa*. 5. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 295/300.

⁵ Conforme já anotei em outra seara, o poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC) é “um *poder supletivo*, ou melhor, *integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional*”, com lastro constitucional, decorrente da garantia de acesso à Justiça, que põe a salvo qualquer situação, mesmo não prevista em lei, que demande tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF). Em nosso sentir, trata-se, verdadeiramente, de norma processual em branco, que confere ao magistrado o poder de complementar o comando normativo diante da situação de risco narrada e conceder tutelas cautelares não especificadas em lei. Não há como se negar, por isso, certa discricionariedade judicial quando se enfrenta este tema (embora tal afirmação ainda esteja em fase de prematuro amadurecimento doutrinário). A parte pode solicitar ao juiz qualquer providência garantidora da eficácia de um futuro ou concomitante processo principal, mesmo que tal providência não tenha sido prevista. E o juiz pode concedê-la, desde que presente a situação de risco narrada pelo autor (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*)” (GAJARDONI, 2010, p. 535). Ver também: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLLORE, Luiz; ROQUE, Andre; OLIVEIRA JR., Zulmar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 440/442).

⁶ Marcelo de Figueiredo (2004) faz pertinente crítica ao legislador, por não ter previsto, paralelamente ao afastamento cautelar do agente do cargo ou função do art. 20, §§, da LIA, a medida de suspensão obrigatória do contrato administrativo lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, que a seu sentir seria necessária para resguardar o interesse público e a posição jurídica do Estado quando o ato de improbidade se relacionar a vícios na contratação (*Probidade Administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 309). Estamos plenamente de acordo com o autor quanto à ideia da suspensão do contrato, mas não quanto à sua obrigatoriedade, que tanto quanto o afastamento cautelar do agente público deve ficar a critério da autoridade judicial, conforme as particularidades do caso concreto (possibilidade de êxito da medida). Em que pese ter a Lei 14.230/2021 perdido a oportunidade de disciplinar a questão, não se vê óbice para que referida medida (suspensão do contrato administrativo) seja requerida pelo Ministério Público de modo atípico, com base no regramento geral sobre o poder geral de cautela do juiz previsto nos arts. 300/301 do CPC. Inclusive há precedente do STJ admitindo a concessão da medida atípica de suspensão do contrato administrativo, com base no Poder Geral de Cautela do juiz, no âmbito da ação de improbidade administrativa (REsp n. 1.779.976/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 3/5/2021).

provas⁷ ou da preservação dos bens e direitos tuteláveis pela ação de improbidade administrativa.⁸

Isso, aliás, é o que se extrai do art. 17, § 6º-A, da Lei 8.429/1992 (inserido pela Lei 14.230/2021), no sentido de que o Ministério Público poderá requerer na ação de improbidade administrativa “as tutelas provisórias adequadas e necessárias, nos termos dos arts. 294 a 310 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015” .

Também é possível que se conceda, em sede de tutela provisória antecipada (art. 300 CPC) ou de evidência (art. 311 CPC), medidas outras de cunho satisfativo, por exemplo, a proibição, no curso da apuração ou ação de improbidade administrativa, de contratação com o poder público, ou de receber benefícios fiscais ou de qualquer outra natureza da Administração. Nestes casos o que se estabelecerá é uma verdadeira antecipação das próprias sanções do art. 12 da Lei 8.429/92, em vista da urgência ou da evidência das alegações do autor, e não propriamente uma medida conservativa, para assegurar o resultado útil do processo, como são as medidas previstas nos artigos 16 e 20 da LIA.

Por fim, mas não menos importante, a Lei 8.429/1992 não é universo paralelo, indene à incidência das demais normas que compõe o sistema processual. Por isso, uma vez proferida sentença condenatória em 1ª instância, recomendável que o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada se valham da hipoteca judiciária sobre os bens de raiz do agente ímprobo para, com arrimo no art. 495 e §§ do CPC, garantir o pagamento dos valores fixados a título de reparação, acréscimo patrimonial indevido ou multa civil (art. 12 e incisos da Lei 8.429/1992).

⁷ Interessante precedente do TJSP reconheceu, no regime do CPC/73, a possibilidade de o Ministério Público, por meio de cautelar inominada (e satisfativa) de busca e apreensão, apreender documentos e contratos da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, para: “Ação Cautelar. Do Ministério Público para, em diligência no Paço Municipal, extrair cópias de documentos a instruir inquérito civil de averiguação de ato de improbidade. Suficientemente fundamentada a concessão. Satisfativa a medida. Descabida cognição exauriente a comprometer sua eficácia. Esgotou-se a finalidade da ação. Eventuais danos ocasionados devem ser ressarcidos por via própria. Cabível condenação nas verbas de sucumbência” (TJSP, Apelação n. 0011389.86.2010.8.26.0533, Rel. Evaristo Santos, 6.ª Câmara de Direito Público, j. 17.12.2012).

⁸ No mesmo sentido, *cf.*: PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 191; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, t. 3, p. 189.

2. Afastamento cautelar do investigado no curso da investigação ou da ação de improbidade administrativa

A Constituição Federal, quando trata de independência e harmonia dos Poderes da República (art. 2.º da CF/1988), sustenta um complexo sistema de equilíbrio entre esses poderes, conhecido na doutrina norte-americana como o sistema dos *checks and balances*.

Esse equilíbrio não exclui completamente a possibilidade de que um dos Poderes interfira na esfera do outro, mas exatamente por conta da harmonia e independência que deve haver entre eles é mister que haja previsão legal (explícita ou implícita) para que ocorra hipótese de intervenção legítima.

Em se tratando de improbidade administrativa, o já referido art. 20, parágrafo único, da LIA, em sua redação originária, previa uma única hipótese tolerável de intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes. Estabelecia-se que, do mesmo modo que a autoridade administrativa, o órgão judicial competente poderia, antes do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizesse necessária à instrução processual.

O pleito de afastamento cautelar do agente do cargo/função, nos termos do art. 294, parágrafo único, do CPC e do art. 16, *caput* e § 8º, da LIA (integralmente), poderia ser requerido de modo antecedente ou incidental, antes ou no curso da ação de improbidade. No primeiro caso, tratando-se de medida constritiva de direitos, deveria o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada⁹ converter o pleito antecedente em principal

⁹ O Supremo Tribunal Federal, em 31 de agosto de 2022, compreendeu que os entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de atos de improbidade, também estão autorizados a propor ação e celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos. A decisão se deu no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS) 7042 e 7043, em que os pedidos formulados pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (Anafe) foram julgados parcialmente procedentes. Entendeu-se que a Constituição Federal prevê a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e os entes públicos lesados para a defesa do patrimônio público. Os titulares do direito – isto é, as pessoas jurídicas lesadas –, têm legitimidade ordinária para defesa do seu patrimônio, sem prejuízo das hipóteses de legitimação extraordinária, que é o caso do MP quando promove ação de improbidade para pleitear um direito alheio. A supressão dessa legitimidade ordinária em prol da legitimação extraordinária do MP, por norma infraconstitucional, feriria a lógica constitucional de proteção ao patrimônio público. Consequência desse entendimento da Suprema Corte é que a Administração Pública, ao tomar conhecimento do fato (por si ou por terceiros), pode ela mesmo propor as medidas necessárias a bem da tutela da probidade administrativa (instauração de procedimento administrativo, pedido de indisponibilidade ou de afastamento cautelar do agente do cargo, emprego ou função, propositura da ação, celebração de ANPC, etc.), sem necessidade de submeter o caso ao Ministério Público como originariamente imaginado no art. 7º da Lei 8.429/1992, na redação da Lei 14.230/2021, declarado parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, pela Suprema Corte.

(ação de improbidade administrativa) no prazo de 30 dias úteis contados da efetivação da medida (o afastamento), conforme art. 308 do CPC, sob pena de ineficácia da tutela provisória dantes deferida e retorno do agente ao cargo/função dantes ocupados.

A Lei 14.230/2021 mantém a possibilidade da concessão da referida medida cautelar típica no âmbito da improbidade administrativa, inclusive de modo antecedente ou incidental. Mas traz três grandes mudanças na disciplina do tema, tratadas logo a seguir: (i) supressão da previsão legal que autorizava o afastamento cautelar do agente por decisão administrativa (art. 20, § 1º, da LIA); (ii) previsão de nova hipótese de cabimento do afastamento cautelar do agente (art. 20, § 1º, da LIA); (iii) estabelecimento de prazo de duração da medida cautelar de afastamento do agente do cargo, emprego ou função pública (art. 20, § 2º, da LIA).

Por evidente, o agente indevidamente afastado do cargo poderá tomar medidas judiciais para reverter a aplicação do art. 20, § 1º, da LIA, ou para acusar a ocorrência de excesso de prazo no afastamento (art. 20, § 2º). Além dos recursos previstos em lei (agravos), também tem se admitido Mandado de Segurança (recurso ordinário constitucional) e pedido de suspensão da liminar (arts. 15 da Lei 12.016/2009, 12, § 1.º, da Lei 7.347/1985, 25, *caput*, da Lei 8.038/1990 e 4.º da Lei 8.437/1992)¹⁰.

2.1 Afastamento cautelar por decisão da autoridade administrativa.

A nova redação do § 1º do art. 20 exclui a possibilidade da autoridade administrativa determinar o afastamento cautelar do agente público do exercício do cargo/função. A norma, em seu novo formato, só faz referência à autoridade judicial.

Trata-se de alteração de pouca relevância prática. As normas que regem o processo administrativo disciplinar, conforme cada ente federado, poderão autorizar à autoridade administrativa a decretação do afastamento cautelar do agente para fins de garantia da instrução processual administrativa.

É o que se dá, exemplificativamente, no âmbito dos servidores públicos civis da União. O art. 147 da Lei 8.112/1990 é expresso:

¹⁰ Cf.: STJ, AgRg na SLS 857/RJ, CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.05.2008.

Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

E o parágrafo único do dispositivo arremata: “O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo”.

Não há, portanto, uma suposta “reserva judicial” quanto à possibilidade de ser determinado, provisoriamente, o afastamento do agente público praticante de infração administrativa equivalente ao ato de improbidade administrativa. A Lei 14.230/2021 simplesmente suprimiu a previsão sobre tal possibilidade do seu texto exatamente porque, não tratante de sindicância ou processo administrativo disciplinar (mas sim da ação judicial de improbidade administrativa), nada mesmo devia prever a esse respeito, garantindo-se, com isso, que cada ente federado, dentro da sua autonomia regulamentar, delibera a esse respeito¹¹.

2.2 Nova hipótese de cabimento do afastamento cautelar do agente: garantia da ordem pública

O novel §1º do art. 20 da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, traz duas (e não apenas uma como era no passado) hipóteses justificadoras do afastamento cautelar do agente público do cargo, emprego ou função: garantia da instrução processual ou para evitar a prática de novos ilícitos.

A primeira hipótese, já existente no regime originário da Lei 8.429/1992, tem por escopo proteger a instrução processual das interferências prejudiciais que o investigado possa, no exercício do cargo, realizar na colheita da prova do ato da improbidade (coaçoão de testemunhas, destruição de documentos etc.).

¹¹ Contra o ato da autoridade administrativa que, com base na lei de regência dos processos administrativos disciplinares, decide pelo afastamento cautelar do agente, tem-se admitido o manejo de medidas judiciais, tais como o mandado de segurança (Lei 12.016/2009) ou da ação anulatória para reintegração imediata no cargo, emprego ou função.

A nova hipótese inserida no art. 20, § 1º, da LIA (com a redação da Lei 14.230/2021), por sua vez, objetiva afastar o risco iminente de reiteração ou cometimento de novos ilícitos, *protegendo a ordem pública administrativa* por meio do afastamento do agente do exercício de suas funções. Não bastam meras ilações de risco, sendo necessária a existência de dados concretos que demonstrem o perigo iminente de prática de novos ilícitos com a manutenção do agente no exercício do cargo, emprego ou função.

Valerão, aqui, *mutatis mutandis*, as referências já existentes na doutrina e jurisprudência nacionais, do conceito de ordem pública para fins de decretação da prisão preventiva do agente na seara processual penal (art. 312 do CPP), doravante novo fundamento para o afastamento cautelar do agente.

Como assinala doutrina especializada, o afastamento é:

medida violenta, que afasta o agente público antes de ele ter sido definitivamente julgado e, portanto, merece interpretação estrita e cuidadosa para que não se transforme em forma abusiva de combate político ou de vingança pessoal e não viole as garantias do devido processo legal e da presunção de inocência de todos quantos venham a ser acusados da prática de atos de improbidade. (MEIRELLES, 2001, p. 194)

Se, para os agentes públicos do quadro, a medida de afastamento cautelar já é excepcional, para os agentes políticos eleitos pelo voto popular, a medida é *ultraexcepcional*¹². Além de haver expressa previsão

¹²De acordo com o STJ, “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. Nesta hipótese, aquela situação de excepcionalidade se configura tão somente com a demonstração de um comportamento do agente público que, no exercício de suas funções públicas e em virtude dele, importe efetiva ameaça à instrução do processo” (REsp 929.483/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02.12.2008). No mesmo sentido já se decidiu que o art. 20, parágrafo único, da LIA, na sua redação originária: “deve ser interpretada com temperamentos quando se refere ao afastamento de prefeito municipal, uma vez que se volta contra agente munido de mandato eletivo. Por essa razão, a decisão judicial que determina o afastamento de alcaide deve estar

constitucional (art. 15) vedando a cassação de direitos políticos (ainda mais de forma antecipada), de convirmos que no Estado de Democrático Direito o mandato eletivo deve ser respeitado para que não seja comprometido o direito constitucional ao livre exercício do voto e à soberania popular (art. 1.º da CF/1988)¹³.

Exatamente em virtude disso, a jurisprudência superior tem deixado bastante claro que as regras sobre afastamento cautelar do agente público, previstas no art. 20, §§, da LIA, não se prestam a antecipar a sanção de perda do cargo/função prevista no art. 12, I e II, da Lei, cuja efetivação, inclusive, desde a redação originária da Lei de Improbidade Administrativa, só é admitida após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, *caput*). A gravidade dos ilícitos imputados ao agente político e mesmo a existência de robustos indícios contra ele não autorizam o afastamento

devidamente fundamentada, sob pena de se constituir em indevida interferência do Poder Judiciário no Executivo. [...] O período de afastamento cautelar e o seu termo inicial, contudo, variarão de acordo com o caso concreto e com a intensidade da interferência promovida pelo agente público na instrução processual. Não pode ser extenso a ponto de caracterizar verdadeiramente a perda do mandato eletivo e tampouco pode ser exíguo de modo a permitir a contínua interferência do agente público na instrução do processo que contra ele tramita” (STJ, AgRg na SLS 1.630/PA, rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 19.09.2012, DJe 02.10.2012).

¹³ Há decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive, negando a possibilidade de o Poder Judiciário afastar agentes políticos do exercício do mandato: “O afastamento de deputado estadual de suas funções por decisão precária do poder judiciário revela-se em descompasso com tal princípio”, ou seja, o da Separação dos Poderes. Quando da prolação da decisão na SL 229/AL restou rejeitada, de forma clara, a possibilidade de afastamento de legislador com fundamento em decisão precária (liminar), inclusive pela própria natureza temporária do Mandato Parlamentar: “Não há, pois, a previsão constitucional de cassação de mandato parlamentar por decisão do Poder Judiciário. O Estatuto do Parlamentar também não contempla hipótese de afastamento temporário de deputado estadual do exercício de suas funções por decisão liminar, antecipatória ou cautelar proferida por órgão judicante. Se nem mesmo decisão condenatória transitada em julgado – decorrente da cognição exauriente dos elementos da causa e caracterizada pela indiscutibilidade e imutabilidade (art. 467, CPC) – pode determinar a interrupção do exercício das funções parlamentares, o que se dirá de decisão precária, baseada apenas na plausibilidade das alegações do autor” [...] “Ademais, tendo em vista o caráter temporário dos mandatos parlamentares, a determinação de afastamento de deputado estadual de suas funções, até que se conclua determinado processo ou fase processual, pode convalidar-se em cassação indireta do mandato, haja vista que o parlamentar poderá passar todo o período para o qual foi eleito, ou parte considerável dele, afastado de suas funções” [...] “Assim, tendo em vista que a definição do conteúdo do princípio da separação e harmonia entre os poderes estatais deve ser buscada no próprio Texto Constitucional (interpretação constitucionalmente adequada), o afastamento de deputado estadual de suas funções por decisão precária do Poder Judiciário revela-se em descompasso com tal princípio” [...] “Resta, portanto, configurada lesão à ordem pública, em termos de ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa, pois a decisão judicial impugnada impede e usurpa, sem causa legítima, o exercício, pelo Poder Legislativo, de suas funções” (SLS 229 297, Rel. Min. Gilmar Mendes). No mesmo sentido, cf.: STJ, MC 14.08/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, j. 25.08.2009.

cautelar, exatamente porque não é essa a previsão legal.¹⁴ Não há no regime da improbidade administrativa, como há no processo penal (art. 312, CPP), hipótese de afastamento cautelar para garantia da aplicação da futura pena (de perda do cargo/função)¹⁵.

A jurisprudência também tem afirmado que a simples possibilidade que o investigado venha a interferir na produção da prova (cogitação teórica da possibilidade de sua ocorrência) não é suficiente para o decreto cautelar de afastamento.¹⁶ Para que seja lícito e legítimo o afastamento cautelar com base no art. 20, § 1º, da Lei 8.429/1992 (conforme Lei 14.230/2021), não bastam simples ilações, conjecturas ou presunções. Cabe ao juiz indicar, com precisão e baseado em provas, de que forma – direta ou indireta – a instrução processual ou a ordem pública administrativa foi ou será afetada pelo agente público que se pretende afastar, caso permaneça em exercício¹⁷.

2.3 Duração da medida cautelar de afastamento do agente

O afastamento cautelar do agente da função pública não pode durar por mais tempo do que o necessário para que a prova seja colhida sem

¹⁴ “[...] a gravidade dos ilícitos imputados ao agente político e mesmo a existência de robustos indícios contra ele não autorizam o afastamento cautelar, exatamente porque não é essa a previsão legal” [...] “A decisão que determina o afastamento cautelar do agente político por fundamento distinto daquele previsto no Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, revela indevida interferência do Poder Judiciário em outro Poder, rompendo o delicado equilíbrio institucional tutelado pela Constituição” [...] Surge, então, grave lesão à ordem pública institucional, reparável por meio dos pedidos de suspensão de decisão judicial” [...] “Para que seja lícito e legítimo o afastamento cautelar com base no Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, não bastam simples ilações, conjecturas ou presunções. Cabe ao juiz indicar, com precisão e baseado em provas, de que forma – direta ou indireta – a instrução processual foi tumultuada pelo agente político que se pretende afastar” (STJ, AgRg na SLS 857/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.05.2008). No mesmo sentido: “a mera menção à relevância ou posição estratégica do cargo não constitui fundamento suficiente para o respectivo afastamento cautelar” (STJ, AgRg na SLS 1.558/AL, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 6/9/2012).

¹⁵ Por falar em processo penal – embora não se negue a possibilidade de o ato de improbidade apurado configurar, concomitantemente, ilícito penal – tem se entendido pela impossibilidade de aplicação do art. 20, § 1º, da LIA, no âmbito criminal, determinando-se, no curso da investigação, o afastamento cautelar do agente pela prática do crime. Não há previsão legal para de tal medida e, ademais, em tema de direito sancionatório (penal ou administrativo), as regras prejudiciais ao acusado sempre devem ser interpretadas restritivamente. Neste exato sentido *cf.* STJ, RHC 8.749/MG, 5.ª T., j. 05.08.1999, rel. Min. Felix Fischer.

¹⁶ Ver: STJ, MC 7324/AL, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 15.02.2004; STF, SL 1241 MC/CE, Min. Dias Toffoli, DJ 29.08.2019.

¹⁷ Ver: STJ, AgRg na SLS 857/RJ, CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.05.2008.

que haja interferência do investigado. Colhida a prova e não havendo mais possibilidade de o investigado interferir na sua produção deve ele, imediatamente, retornar ao cargo, até porque esta interpretação é a mais razoável dentro da economicidade¹⁸. Afinal, o agente está recebendo sua remuneração sem trabalhar enquanto é investigado ou processado pela prática do ato de improbidade¹⁹.

Esse é o escopo da terceira e última grande mudança no regime jurídico do afastamento cautelar do agente na Lei 14.230/2021. Positivar algo que já era jurisprudencialmente consenso: a necessidade de fixação de um prazo certo e determinado para a duração do afastamento cautelar²⁰.

Doravante, estabelece o novo § 2º do art. 20 da LIA (inserido pela Lei 14.230/2021), que o afastamento será de até 90 dias²¹, prorrogáveis uma única vez por igual prazo, mediante decisão motivada da autoridade judiciária.

Sem dúvida o limite temporal deve incidir para as hipóteses de afastamento cautelar para fins de garantia da instrução processual administrativa. Inclusive para servir de incentivo para o cumprimento, pelo Poder Judiciário, do comando constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Já no tocante ao afastamento para garantia da ordem pública administrativa (evitar a prática iminente de novos ilícitos), temos fundadas dúvidas se é possível se estabelecer, sem alguma mitigação, um prazo certo e predeterminado para o afastamento. Havendo indícios e risco concreto de que o agente, ao retornar ao cargo, função ou emprego, vá reiterar na prática do ilícito, não faz o mínimo sentido que ele retorne ao exercício.

¹⁸ Inclusive há precedente do STJ determinando que se fixe prazo certo para o afastamento e a conclusão das investigações, pois que “a prorrogação [do afastamento] não pode representar uma interferência indevida no mandato eletivo” (AgRg na SLS 1957/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, j. 17.12.2014).

¹⁹ O TJSP já assinalou que o afastamento dos vereadores acusados da prática de improbidade de suas funções só se justifica quando isso se mostrar necessário para preservar a instrução processual, de modo que se a demanda já se encontra com a fase de dilação probatória encerrada, o pressuposto para o afastamento cautelar desapareceu, devendo os agentes retornarem às suas funções (AgIn 236.991-5, 4.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Soares Lima, j. 12.09.2002).

²⁰ O STJ considerava razoável, antes da Lei 14.230/2021, o prazo de 180 dias para afastamento cautelar do agente público (AgRg na SLS n. 1.957/PB, Rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial, DJe de 9.03.2015; AgRg na SLS n.º 1.498/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe de 26.03.2012).

²¹ Evidentemente, se a instrução se encerrar antes do prazo de 90 dias (ou de sua prorrogação), a medida deve cessar e o agente retorna ao exercício do cargo, já que não mais subsiste a razão para a manutenção da cautela.

Tem-se a impressão, portanto, que o rigor temporal do § 2º do art. 20 da LIA deve ser relativizado no caso concreto, sendo possível que se mantenha o afastamento para além dos 180 dias estimados em lei²².

Rememore-se que a limitação temporal do art. 20, § 2º, da LIA, na redação pela Lei 14.230/2021, consolidou na legislação o mesmo lapso que a jurisprudência vinha fixando, exclusivamente, para os casos de afastamento decretado com base na garantia da instrução processual, único fundamento até então existente para o deferimento da medida. Não há, portanto, correspondência histórica (e mesmo lógica) do dispositivo com a nova hipótese de afastamento cautelar do agente com base na garantia da ordem pública.

Conclusão

Embora a Lei 14.230/2021 esteja sujeita a inúmeras críticas, muitas delas absolutamente justas, no tocante ao afastamento do agente do cargo, emprego ou função pública houve aperfeiçoamento do sistema até então vigente.

A positivação de um prazo de duração de eficácia da medida deferida, para além de incorporar ao texto legal entendimento jurisprudencial dominante, acentua o ideário da cautelaridade do afastamento do agente, que, embora necessário, deve atender aos predicados da brevidade e da provisoriedade, até porque os vencimentos continuam sendo pagos ao servidor, sem a contrapartida prestação do serviço.

Do mesmo modo, a autorização legal para que, nos casos de risco de prática de novos ilícitos no exercício do cargo, emprego ou função, seja o agente afastado temporariamente, é bastante louvável, pois recrudescer o combate aos atos de improbidade e protege, de modo mais efetivo, o erário e a moralidade administrativa.

²² Há precedentes do STJ no sentido de que, excepcionalmente, ante as peculiaridades fáticas do caso concreto, o prazo de 180 dias de afastamento pode se alongar, sendo o juízo natural da causa, em regra, o mais competente para tanto (REsp n. 1.930.633/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 17.12.2021; AgRg na SLS n.º 1.854/ES, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJe 21.3.2014; AgInt na SLS 2.790/ES, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 14.12.2020). Não acreditamos que tal entendimento deixe de ser aplicado no regime da Lei 14.230/2021.

Bibliografia

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2013.

BRASIL. *Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0011389.86.2010.8.26.0533*. Ação Cautelar. Do Ministério Público para, em diligência no Paço Municipal, extrair cópias de documentos a instruir inquérito civil de averiguação de ato de improbidade. Suficientemente fundamentada a concessão. Relator: Evaristo Santos. São Paulo, 17 dez. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, t. 3.

FIGUEIREDO, Marcelo de. *Probidade Administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A moderna ótica do Poder Geral de Cautela do juiz. ARMELIN, Donald (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JR. Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa*. 5. ed. São Paulo: RT, 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre; OLIVEIRA JR., Zulmar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

