

Improbidade Administrativa. Ação Civil Pública. Prefeito e Secretário Municipal no pólo passivo. Arguição de Inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02 no que tange ao foro por prerrogativa de função em matéria de ato de improbidade administrativa. Construções em área tombada. Condenação em sede de outra Ação Civil Pública mandando demolir as obras. Danos manifestos e de grandes proporções ao erário. Iter de individualização do ato de improbidade administrativa. Pedido genérico de aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa cumulado com pedido de ressarcimento dos danos causados.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Cabo Frio - RJ

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelos Promotores de Justiça que a presente subscrevem, vem, no uso de suas atribuições, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

por ato de improbidade administrativa cumulado com pretensão indenizatória por danos materiais causados ao erário municipal de Cabo Frio, em face de *Alair Francisco Corrêa*, Prefeito do Município de Cabo Frio, e de *Jacob Mureb*, Secretário Extraordinário das Ações com a Iniciativa Privada - SECAIP - da Prefeitura Municipal de Cabo Frio, e que podem ser encontrados na sede da Prefeitura do referido município, pelos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor em seguida.

I. DA COMPETÊNCIA

In limine, releva mencionar a questão da competência para processar e julgar ações civis públicas que versem acerca de atos de improbidade administrativa praticados, em tese, por chefe ou ex-chefe de Poder Executivo Municipal em decorrência de suas funções, haja vista a recente reforma do art. 84 do Código de Processo Penal (Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002).

Com efeito, a Lei nº 10.628, sancionada em 24 de dezembro de 2002, conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, nele introduzindo dois parágrafos, sendo o seguinte o seu teor:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior

Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º ”.

Dessa sorte, a Lei n. 10.628/02 estendeu a denominada “competência por prerrogativa de função”, antes existente tão-somente para o processamento e julgamento de infrações penais, para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa, cuja natureza é, à evidência, nitidamente cível, além de ressuscitar o antigo verbete n. 394 da súmula da jurisprudência dominante no colendo Supremo Tribunal Federal.

Analisando-se a referida norma infraconstitucional (Lei n. 10.628/02), se verifica a sua gritante e ultrajante violação à Lei Fundamental de 1.988, mormente, em relação ao presente feito, na extensão do denominado “foro por prerrogativa de função” quando a lide verse sobre a prática de ato de improbidade administrativa.

A inconstitucionalidade do diploma legislativo em tela exsurge a partir da constatação do desrespeito ao comando esculpido na regra do art. 125, § 1º, o qual determina expressamente seja a competência originária dos Tribunais de Justiça definida pela respectiva Constituição Estadual e não por lei ordinária, como ocorre no diploma legislativo ora em testilha.

Aliás, frise-se que o sistema adotado pela Carta Política de 1.988 aponta para que a competência originária de quaisquer tribunais, sejam os superiores, sejam os demais, somente possa ser definida pelo próprio texto constitucional ou, quando muito, por norma de constituição estadual, e isso em havendo a expressa previsão para tal (uma espécie de “delegação” ao Poder Constituinte derivado estadual).

Id est, a definição da competência originária dos tribunais é matéria sujeita a reserva de constituição, sendo defeso ao legislador infraconstitucional disciplinar tal matéria, como o fez ao promulgar a Lei n. 10.628/02, arvorando-se, dessa forma, no papel do Poder Constituinte Derivado e corroendo a própria

força normativa da Constituição da República, já que traz obstáculo ao combate à improbidade administrativa e à própria corrupção de modo geral.

Por oportuno, destaque-se o entendimento pacífico e reiteradamente adotado pelo colendo Supremo Tribunal Federal de que o rol de competências dos tribunais é de direito estrito e possui fundamento constitucional, conforme *supra* aludido e como se depreende, a título exemplificativo, da ementa do v. acórdão relativo à Petição 693 AgR/SP, Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, a saber:

"Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Pública contra Presidente da República. Lei n. 7.347/85.

A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade. Agravo regimental improvido."

De outra banda, cumpre sublinhar que a Constituição da República apenas previu o chamado "foro por prerrogativa de função" para o conhecimento e julgamento de crimes comuns e/ou de responsabilidade, categorias nas quais não se encaixam os atos de improbidade administrativa e cujas sanções possuem natureza cível, o que se pode aferir a partir de leitura do *caput* do art. 12 da Lei n. 8.429/92 (*"Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações(...)"*).

Logo, afronta a própria Carta Magna de 1.988 qualquer extensão do referido "foro por prerrogativa de função" para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa.

A lição do eminente colega EMERSON GARCIA aponta no mesmo diapasão da assertiva contida no parágrafo anterior, a saber:

"A questão ora estudada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal.

Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que (...) prefeitos (...) figurem no pólo passivo” (in *Improbidade Administrativa*. Obra em co-autoria com ROGÉRIO PACHECO ALVES, pp. 341 e 342).

Ademais, cumpre colacionar acórdão ilustrativo do entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido, qual seja:

*“Protesto judicial formulado contra Deputado Federal – Medida destituída de caráter penal (CPC, Art. 867) – Ausência de competência originária do Supremo Tribunal Federal – Recurso de Agravo improvido. A prerrogativa de foro – unicamente invocável nos procedimentos de caráter penal – não se estende às causas de natureza civil. – As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes. A competência do Supremo Tribunal Federal – cujos fundamentos repousam na Constituição da República – submete-se a regime de direito estrito. – A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas,*

ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes" (G. Reg. em Petição - Agr.Pet. 1738/MG, rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 01/09/1999 - Tribunal Pleno - sublinhamos).

Feitas as considerações *retro*, convém salientar que a referida lei ordinária já teve sua constitucionalidade contestada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn.) proposta pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) e cujo mérito ainda não foi apreciado pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal.

Mencione-se, desde logo, que não foi concedida a medida liminar requerida na peça exordial da referida ADIn, porém esta ainda deverá ser apreciada pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, eis que apenas conhecida pelo Relator, em virtude do recesso forense, sendo necessária decisão por maioria absoluta, nos termos do art. 10, da Lei n. 9.868/99, o que, fatalmente, em nosso entender, acarretará mudança no quadro atual.

Releva ainda mencionar que o Exmo. Ministro Relator da mencionada ADIn. não adotou a providência prevista no art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/99, a qual se mostra possível em função da natureza dúplice das chamadas "ações de controle abstrato de constitucionalidade" (ADIn. e ADCon.).

Destarte, no entender deste Órgão de Execução do Ministério Público, este Juízo de 1º Grau é o Juízo Natural para conhecer e julgar a presente lide, eis que ausente qualquer vedação ao exercício de controle de constitucionalidade de forma difusa, visto que o Ministro Relator da mencionada ADIn. não adotou a providência prevista no art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/99, e, primordialmente, por se mostrar o diploma legislativo em análise claramente inconstitucional, conforme exposto anteriormente.

Registre-se, ainda, que o entendimento ora apresentado acerca da inconstitucionalidade da referida regra infraconstitucional está em total harmonia com o entendimento que hoje prevalece não apenas entre os membros do *Parquet* fluminense, mas também entre os membros dos diversos Ministérios Públicos brasileiros, conforme se pode verificar da Resolução GPGJ n. 1.129 de 20 de fevereiro de 2.003, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e cuja cópia segue em anexo (documento 2), juntamente com as peças de informação que instruem a presente (Procedimento Administrativo n. 33/2003 - documento 1).

Por derradeiro, deixe-se anotado que a Jurisprudência começa a apresentar reações à Lei n. 10.628/02, já surgindo as primeiras decisões apontando a inconstitucionalidade da extensão do chamado “foro por prerrogativa de função” aos atos de improbidade administrativa, conforme se depreende da ementa de acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo é a seguir transcrita e cuja cópia do integral do julgado encontra-se anexada à presente (doc. 3):

“Voto nº 11.085. Câmara de Férias. Janeiro de 2003.
Agravado de Instrumento nº. 313.238511. Proc. nº.
1.893/2002 - 2ª Vara Judicial da Comarca de
Dracena/SP. Rel. Desembargador Antonio Rulli.
*Ação Civil Pública. Agravado de Instrumento,
Insurgência contra decisão que concedeu liminar.
Cabimento.*

PRELIMINARES de incompetência de foro por prerrogativa de função; oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (arts. 21 da Lei Federal e 8.437/92 e 17, § 7º, da Lei Federal n. 8.429/92); ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública visando a defesa de interesse individual, privado e disponível; determinação de manifestação do Vice-Prefeito Municipal (art. 2º da Lei Federal n. 8.437/92); e não possibilidade de deferimento da liminar como antecipação da tutela, pois a ação civil pública tem regras especiais, afastadas. **NO MÉRITO**, presentes os requisitos do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora*, além daqueles disciplinados pelo art. 273, do CPC. *Preliminares rejeitadas e recurso improvido.*” (sublinhamos).

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

O Ministério Público é, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição da República, instituição permanente de caráter essencial ao próprio exercício da função jurisdicional, tendo-lhe sido confiada a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Entre as muitas funções confiadas ao *Parquet* pela Lei Fundamental de 1.988, destaca-se a promoção da Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e o conseqüente combate à improbidade administrativa, entre outros interesses difusos e coletivos (CR/88, art. 129, inc. III).

Na esteira do preceito constitucional, seguiram-se diversas regras infraconstitucionais, em especial a contida no art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/92.

Nesse mesmo sentido, convém trazer à colação, a título meramente exemplificativo, a ementa de acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, qual seja:

“Ação Civil Pública. Atos de Improbidade Administrativa. Defesa do Patrimônio Público. Legitimação Ativa do Ministério Público. Constituição Federal, arts. 127 e 129, III. Lei n. 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II e 13). Lei 8.429/92 (art. 17). Lei n. 8.625/93 (arts. 25 e 26).

1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública, objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos.

2. Precedentes jurisprudenciais. Recurso não provido” (REsp. n. 154.128-SC, 1ª T., Maioria, Rel. p/ o acórdão Min. Milton Luiz Pereira, J. 11/05/1998, DJ 18/12/1998).

III. DOS FATOS

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - propôs, em 17 de abril de 1.998, Ação Civil Pública (Processo n. 75.714 da 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo Frio) em face do Município de Cabo Frio, em virtude deste ter iniciado obras para a construção de terminal rodoviário na base do Morro da Guia, área tombada em nível federal, conforme inscrição no “Livro Tombo das Belas Artes”, buscando, dessa sorte, a demolição total da obra realizada, possibilitando o restabelecimento das características originais do local.

Verificou-se, no curso do processo, e de acordo com a narrativa constante da peça vestibular do referido processo, que a área ora em testilha é tombada e que o demandado, mesmo ciente das exigências do IPHAN, simplesmente as desobedeceu, levando a cabo o término da aludida obra.

Em conseqüência, julgou o douto Juízo procedente o pedido veiculado na peça exordial, condenando o réu e ora executado a *verbis*: “demolir as obras erigidas no local, removendo o terminal rodoviário, inclusive pistas de rolamento e calçada, e todo e qualquer equipamento que no local ainda esteja instalado, inclusive barracas, visando estabelecer as feições características do local, com seu necessário tratamento paisagístico; devendo ainda, retirar as mudas de coqueiro, em trinta dias, sob pena de multa diária equivalente a 3 (três) salários-mínimos”.

Após o decurso do prazo para a interposição de recurso pelas partes, as quais quedaram inertes, foram os autos remetidos ao egrégio Tribunal de Justiça para fins de reexame necessário.

O egrégio Tribunal confirmou a sentença *in totum*, retornando os autos ao seu Juízo originário.

Passados mais de sessenta dias contados a partir da intimação do representante legal do autor originário e restando este inerte, vieram os autos ao Ministério Público, em atendimento ao disposto no art. 15, da Lei n. 7.347/85, o qual, por seu turno, propôs ação executiva com espeque no título executivo judicial formado com o trânsito em julgado da sentença acima aludida (*vide* cópia da inicial da Ação Executiva proposta - doc. 3 em anexo).

Releva destacar que os réus, mesmo cientes das exigências do IPHAN, levaram a cabo, a partir de 12 de dezembro de 1.997, seu desiderato, desrespeitando o tombamento em questão e erigindo um terminal rodoviário na área de tal bem tombado.

Com efeito, pode-se verificar de modo inequívoco que ambos os réus, antes mesmo do início das obras do referido terminal rodoviário, já estavam cientes das exigências impostas pelo IPHAN, conforme se depreende das cópias dos autos do processo n. 75.714, em especial fls. 17 *usque* fls. 23 do procedimento administrativo n. 33/03 desta Promotoria de Proteção aos Interesses Difusos e que instrui a presente (doc. 1).

Assim, em virtude da sentença condenatória *sus* mencionada, e cujo trânsito em julgado já se operou, outra opção não restará ao Município de Cabo Frio, senão a demolição do terminal rodoviário em comento, o que, a toda evidência, gerará danos materiais ao erário municipal.

IV. DO DIREITO

Pretende-se, com a propositura da presente demanda civil pública, demonstrar a prática, pelos ora suplicados, de ato de improbidade administrativa, com a conseqüente aplicação das sanções previstas no art. 12, da Lei n. 8.429/92, bem como o integral ressarcimento dos danos causados, consoante o art. 5º do diploma legislativo em tela.

IV. 1. DA CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Constata-se dos fatos narrados que os réus, no exercício da função pública, praticaram, em conjunto, ato de improbidade administrativa.

Ao se analisar uma determinada conduta com o desiderato de fixar a espécie de ato de improbidade administrativa praticado, dentro da tipologia estatuída nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei n. 8.429/92, deve o intérprete, *ab initio*, verificar a subsunção do ato hostilizado à tipologia do art. 11 do diploma legislativo em questão, passando a confrontá-lo, uma vez verificado o desrespeito

aos princípios constitucionais regentes da atividade estatal (Art. 37, *caput*, da Constituição da República), com os tipos constantes dos arts. 9º e 10, conforme o caso, tudo com o escopo colimado de se estabelecer em qual categoria se insere o ato.

Frise-se que, mesmo que o ato se amolde a uma das fórmulas dos arts. 9º e 10 (seja no *caput*, seja em um dos incisos dos referidos dispositivos) sempre estará também amoldado no art. 11, haja vista que todo e qualquer ato de improbidade administrativa afronta à própria Lei Fundamental, a qual traça os vetores básicos e indisponíveis de todos os atos da Administração Pública.

Nesse mesmo diapasão, leciona o nobre colega EMERSON GARCIA, a saber:

“O art. 11 da Lei n. 8.429/92 é normalmente intitulado de ‘*norma de reserva*’, o que é justificável, pois ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal.

(...) no entanto, a improbidade é associada à violação ao princípio da juridicidade, o que faz com que a atividade do operador do direito se inicie com o exercício de subsunção do ato à tipologia do art. 11 da Lei de Improbidade, com ulterior avanço para as figuras dos arts. 9º e 10 do mesmo diploma legal em sendo divisado o enriquecimento ilícito ou o dano” (*op. cit.*, p. 211).

Feitas tais considerações, e seguindo-se o raciocínio lógico *retro*, afirma-se que, primeiramente, a conduta imputada a ambos os réus violou o disposto no art. 11, *caput* e inc. I, da Lei n. 8429/92.

Com efeito, dispõe o dispositivo em tela:

“Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência” (grifos nossos).

A conduta dos réus de determinar a construção do terminal rodoviário em local tombado como patrimônio histórico e cultural, desobedecendo exigências apresentadas a eles pelo IPHAN viola uma série de normas pertinentes à proteção de bens reputados essenciais à memória de um povo e, por isso, revestidos de toda uma proteção especial, como o tombamento.

Os gestores da coisa pública, todos, sem exceção, inclusive aqueles eleitos por sufrágio universal, devem ser os primeiros a respeitar a Carta Magna de 1.988 e os demais diplomas legais componentes do Ordenamento Jurídico, devendo ser seus desvios punidos de forma exemplar.

Verifica-se, dessa sorte, o flagrante desrespeito pelos réus ao estatuído no art. 17, *caput*, do Decreto Lei n. 25 de 1.937.

E mais ainda: a violação da própria Constituição da República, que, em seu art. 216, tornou imperiosa a proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro, com o intuito claro de preservar a memória de nosso povo.

Passando-se ao segundo momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa ora em debate, queda patente que os réus agiram de forma livre e consciente ao autorizarem o início das obras do terminal rodoviário, eis que cientes das exigências apresentadas pelo IPHAN e as quais decidiram não atender.

De outra banda, agora já em um terceiro momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa, se constata que a conduta dos réus se encaixa à perfeição ao tipo constante do art. 10, *caput*, da Lei n. 8.429/92, qual seja:

“Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º (...).”

Com efeito, a construção do aludido terminal rodoviário sem a observância das exigências do IPHAN, com a sua conseqüente e inevitável demolição em face da coisa julgada referente ao processo n. 75.714 do Juízo da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, acarretará danos patrimoniais ao erário municipal.

Em verdade, deve-se realçar a circunstância de que o dano ao patrimônio público pode ser divisado antes mesmo da demolição, pois a própria retirada dos recursos dos cofres públicos foi ilícita, já que objetivava escopo em desarmonia com a legislação vigente, consumando-se, nesse momento, o referido dano.

Tais danos, por seu turno, poderão, mesmo antes da execução do título executivo judicial em tela, serem determinados por arbitramento de perito nomeado por este douto Juízo.

De qualquer forma, urge destacar que o próprio prejuízo patrimonial imposto ao erário municipal é irrelevante, nos exatos termos do art. 21, inc. I, da Lei n. 8.429/92, para a caracterização do ato de improbidade administrativa, haja vista já ter restado claro que os réus violaram não apenas normas infraconstitucionais, mas também princípios e regras constitucionais.

Em seguida, já em um quarto momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa, se pode vislumbrar que os ora demandados se encontram inseridos entre os agentes públicos aludidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.429/92.

Já em um derradeiro e quinto momento do *iter* de individualização do ato de improbidade administrativa resta claro não apenas a existência da “improbidade formal” demonstrada nos parágrafos anteriores do presente item, mas também se constata a presença da “improbidade material”.

Em outros termos, verifica-se que a conduta imputada aos réus revela grande e significativa violação aos deveres inerentes aos cargos dos ora demandados, além de grave lesão ao interesse público primário, eis que os réus simplesmente ignoraram normas de cunho infraconstitucional e, ainda mais grave, demonstraram total desrespeito aos ditames constitucionais, os quais, como agentes públicos, deveriam buscar a todo custo respeitar e, não, contribuir para o enfraquecimento, nas palavras do festejado constitucionalista germânico KONRAD HESSE, da “força normativa da Constituição” (*die normative Kraft der Verfassung*). Assim, encontra-se devidamente caracterizada a “improbidade material” da conduta dos ora suplicados.

Por último, convém explicitar que o primeiro réu era quem tinha a palavra final de determinar ou não o início das obras do terminal rodoviário, sendo decisiva para o ato de improbidade que ora se hostiliza.

Por seu turno, o segundo réu também contribuiu para tal ato de improbidade, eis que esteve em contato com o IPHAN, se informando das exigências a serem cumpridas, as quais acabaram por ser simplesmente ignoradas. Frise-se que sendo a determinação de início das obras manifestamente ilegal, como sabia o segundo demandado, deveria este ter se desligado de suas funções por tal motivo, o que optou por não fazer, contribuindo decisivamente para o ato de improbidade que ora se ataca.

IV. 2 DA IMPERIOSA NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO DO DANO CAUSADO AO ERÁRIO

Além das sanções previstas no art. 12, deverão ser os ora requeridos condenados ao ressarcimento do erário pelos danos materiais advindos de suas condutas.

Deve-se deixar registrado que o ressarcimento dos danos materiais causados à fazenda municipal não se confunde com as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa pela Lei n. 8.429/92, como se infere a partir de leitura do *caput* do art. 12 do referido diploma legal.

Nesse diapasão, colocamos mais uma vez a autorizada lição de EMERSON GARCIA, qual seja:

"(...) é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do status quo" (op. cit., p. 409).

Destarte, devem os réus ser condenados também ao ressarcimento dos danos causados ao erário em virtude de sua conduta ímproba, danos estes que deverão ser calculados em posterior fase de liquidação.

V. DA INDISPONIBILIDADE DE BENS

Mostra-se conveniente, desde logo, seja ordenada, de forma liminar, a indisponibilidade dos bens dos ora demandados, com o escopo de que estes não frustem futura execução de decreto condenatório ao ressarcimento dos danos causados, bem como a aplicação das multas previstas no art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

A indisponibilidade de bens, malgrado possa inicialmente parecer possuir a natureza de sanção, a partir de uma primeira leitura do art. 37, § 4º, da Constituição da República, tem, em verdade, natureza de medida cautelar, que colima garantir o resultado prático do processo, com a efetiva aplicação das sanções por improbidade administrativa e o próprio ressarcimento do erário.

Vale registrar que aqui se busca a concessão de medida cautelar de indisponibilidade de bens, medida esta que tem por espeque o poder geral de cautela do Juízo, e que pode ser concedida incidentalmente, não devendo ser confundida com o seqüestro de bens a que alude o art. 16 da Lei n. 8.429/92, já que seu fundamento se encontra não apenas no poder geral de cautela do Juízo, mas também na própria Constituição da República (art. 37, § 4º) e no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa.

Convém, ainda, trazer à colação a autorizada lição de ROGÉRIO PACHECO ALVES acerca da distinção entre as duas medidas cautelares em tela, a saber:

"Embora reconheçamos que, por força da atecnia legislativa, a sistematização dos assuntos é tarefa árdua, pensamos - partindo da premissa de que a lei não contém expressões inúteis -, que a indisponibilidade de bens, por sua amplitude, volta-se à garantia da reparação do dano, material ou moral, causado pelo agente. Direciona-se, assim, às hipóteses previstas no art. 10 da Lei de Improbidade. Já o seqüestro, providência cautelar de calibre mais estreito por recair sobre coisa certa, tem por

escopo a conservação dos valores e bens ilicitamente auferidos pelo agente no exercício da função pública, direcionando-se, deste modo, às hipóteses previstas no art. 9º (enriquecimento ilícito)" (in Improbidade Administrativa. P. 638. Obra em co-autoria com EMERSON GARCIA).

Tecidas tais considerações, vislumbra-se a existência dos requisitos autorizadores da medida cautelar em questão.

Com efeito, o *fumus boni iuris* resta devidamente comprovado a partir dos fatos já narrados.

De outro lado, se percebe nitidamente a configuração do segundo requisito autorizador da medida cautelar de indisponibilidade de bens, o chamado *periculum in mora*.

O *periculum in mora* se mostra manifesto em função da facilidade que será propiciada pela mora na concessão da prestação jurisdicional aos réus para dilapidar dolosamente seus patrimônios, com o desiderato de frustrar a aplicação das multas previstas no art. 12, da Lei de Improbidade, bem como o próprio dever de reparação dos danos infligidos ao erário municipal.

Apresenta relevância colacionar ementa de acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça pertinente ao tema ora em análise, qual seja:

"Ação Civil Pública - Improbidade administrativa - Indisponibilidade de bens - Lei 8429/92 - Liminar - 'Fumus boni iuris' e 'Periculum in mora' configurados - Nulidade do acórdão - Inocorrência.

1. Rejeitada a preliminar de nulidade do acórdão porque suficientemente fundamentado, não incorrendo em violação do art. 458, II, do CPC.

2. Evidenciadas a relevância do pedido de indisponibilidade dos bens do recorrente e o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, devido à escassez dos referidos bens, não havia como negar-se a liminar pleiteada.

3. *Recurso especial conhecido, porém, improvido.*" (STJ - REsp - 220088 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 15.10.2001 - p. 00255 - O grifo não é do original).

No mesmo diapasão, também já teve oportunidade de decidir o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a saber:

"Ação Civil Pública. Danos causados ao Erário Municipal. Indisponibilidade de bens dos envolvidos.

Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido.

(...)

É cabível a decretação judicial da indisponibilidade de bens nos próprios autos de ação civil pública, em face da autorização legal constante da Lei n. 8.429, de 02.06.92. Para obter tal desiderato, não é de mister que a parte autora ingresse com o procedimento acautelatório específico - o de seqüestro -, posto que os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, aos quais faz remissão a Lei n. 8.429, dizem respeito unicamente às hipóteses em que cabe o seqüestro e ao depósito dos bens, não a normas procedimentais propriamente ditas. (...)" (Agravo de Instrumento n. 88.079190-2 (9.374), de São Carlos, Relator Des. Trindade dos Santos, 1ª CC, j. em 10.03.98)

Assim, visando-se assegurar a efetividade de futuras condenação e execução por quantia certa, e com fundamento nos arts. 7º e 16, § 2º, da Lei n. 8.429/92 combinados com o art. 12 da Lei n. 7.347/85, busca-se a decretação da indisponibilidade dos bens dos ora demandados, devendo ser, desde já, nomeado perito de confiança deste douto Juízo para apurar, provisoriamente, os danos causados, em face da iminente demolição do terminal rodoviário ilegalmente construído pelo Município de Cabo Frio.

VI. DOS PEDIDOS

Ex positis, requer o Ministério Público:

1º) Sejam os réus condenados como incurso nas sanções do art. 12, em virtude do ato de improbidade administrativa por eles praticados, na medida de sua participação, contribuição e influência no ilícito em exame;

2º) Sejam os réus condenados a indenizar os danos materiais infligidos ao erário do município de Cabo Frio em decorrência de sua conduta ímproba, sendo que o valor final de tais danos deverá ser apurado em sede de liquidação, devendo ser incluído em tal valor os juros legais e a devida atualização monetária.

VII. DOS REQUERIMENTOS

Requer ainda o Ministério Público:

1º) A distribuição da presente;

2º) A concessão *inaudita altera parte* da medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos réus, nos termos do item V da presente, devendo ser nomeado perito de confiança do Juízo para que arbitre valor provisório acerca dos futuros danos a serem causados com a execução do título executivo judicial oriundo do processo n. 75.714 do Juízo da 2ª Vara Cível de Cabo Frio;

3º) A expedição de ofícios, após a concessão da liminar pleiteada, para a Delegacia da Receita Federal, Banco Central, Detran, Cartórios de Registro de Imóveis do Estado, comunicando-lhes, dessa forma, a referida indisponibilidade;

4º) A expedição de ofícios ao Banco Central requisitando que informe as contas bancárias em nome do réu; aos cartórios de registros de imóveis de todo o Estado com o fim de se identificar os imóveis de propriedade do ora demandado; e, ainda, ao DETRAN, com o intuito de se identificar eventuais veículos de propriedade do suplicado;

5º) A notificação dos suplicados para, em querendo, apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestação por escrito, nos termos do § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, acrescentado tal dispositivo pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 04.09.2001, ainda em vigor, conforme o art. 2º da EC nº 32/2001, evitando-se futuras discussões acerca da constitucionalidade de tal dispositivo;

6º) A citação, após o recebimento da petição inicial, dos réus para, em assim desejando, apresentar, em 15 (quinze) dias, suas contestações, sob pena de revelia;

7º) A intimação do Município de Cabo Frio, na pessoa de seu representante legal, de acordo com o disposto no art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/92 c/c art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/65;

8º) A intimação pessoal do Promotor de Justiça em atuação junto à 1ª Promotoria de Proteção aos Interesses Difusos do 3º Centro Regional do Ministério Público, situado na rua Jorge Lóssio n. 212, Centro, Cabo Frio;

9º) Sejam os réus condenados ao pagamento das despesas do presente processo, inclusive aos honorários de sucumbência a serem revertidos ao Fundo do Ministério Público criado pela Resolução PGJ n. 801/98.

Protesta o Ministério Público por provar os fatos narrados por todos os meios admissíveis.

Dá-se a causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), meramente para os fins do art. 258 do Código de Processo Civil, em virtude do valor inestimável do objeto da presente.

N. termos.

P. deferimento.

Cabo Frio, 17 de março de 2.003.

CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS
Promotor de Justiça

CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANNA
Promotor de Justiça

CLÁUDIA MARIA MACEDO P. DOS SANTOS
Promotora de Justiça

ROSANA GOMES ESPERANÇA
Promotora de Justiça

GLÁUCIA MARIA DA COSTA SANTANA
Promotora de Justiça

JOSÉ MARINHO PAULO JÚNIOR
Promotor de Justiça

Obs: Na mesma ocasião, foi proposta Ação Civil Pública de Execução visando demolir as obras *supra* narradas.