

A AÇÃO PREVISTA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA, LEGITIMIDADE, INTERESSE DE AGIR E OUTROS ASPECTOS POLÊMICOS¹

Arthur Mendes Lobo

Mestrando em Direito pela UNAERP
Especialista em Direito Ambiental pela UFG/RJ
Ex-Professor Substituto da PUC/MG
Advogado

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve evolução histórica do controle da improbidade administrativa. 2. Da dificuldade de se conceituar o ato de improbidade e a tipificação trazida pela lei 8.429/92. 3. Da natureza jurídica da ação de improbidade. 4. Aspectos relevantes do procedimento previsto na lei de improbidade administrativa. 5. Classificação da ação de improbidade administrativa. 6. Da Competência. – 6.1. Da polêmica (in)competência da Justiça do Trabalho. – 6.2. Da inexistência de foro privilegiado por prerrogativa de função. 7. Da Legitimidade. – 7.1. Ministério Público. – 7.2. Pessoa Jurídica Interessada. – 7.3. Pessoa Jurídica Prejudicada. 8. É possível cumular a ação de improbidade com ação popular? 9. Dos efeitos da apelação. 10. Do interesse de agir quanto ao pedido de perda da função pública. 11. Da Prescrição. 12. Da vedação à transação. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar alguns aspectos da ação prevista na lei de improbidade administrativa. Buscamos, inicialmente, focar a sua natureza de ação civil coletiva, demonstrando a dinâmica do procedimento previsto na Lei 8.429/92. Na seqüência, abordamos alguns pontos polêmicos da competência, primeiramente em virtude da Emenda Constitucional nº 45/2005, e mais adiante pela inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002 que trata do foro por prerrogativa de função. Sobre a legitimidade ativa ad causam, tratamos de analisar a hipótese de estendê-la aos demais co-legitimados previstos no art. 5º da Lei 7.347/85. Refletimos, ainda, quanto à viabilidade de se cumular a ação popular com a ação de improbidade administrativa, chamando a atenção para o Projeto de Lei nº 6.997/2006. Finalmente, discorreremos sobre a inaplicabilidade do art. 269, inciso III, do Código de Processo Civil, nessa modalidade de ação civil coletiva.

Palavras-chave: improbidade administrativa; ação civil coletiva; competência; legitimidade ativa; interesse de agir; prerrogativa de foro; apelação; transação.

Abstract: The present work aims in analyze some aspects of the expected action in the law of administrative dishonesty. First of all, it was tried to put in focus its collective civil action, showing the expected legal action dynamics in the Law 8.429/92. Furthermore, it was studied some polemic points of the competence, in the first place because of the Constitutional Amendment number 45/2005, and after that, the

¹ _Artigo publicado na obra “As Novas fronteiras do Direito Processual”, sob Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Paulo José Freire Teotônio, Ronaldo Fenelon Santos Filho, Editora RCS, 2007.

unconstitutionality of the Law number 10.628/2002, which treats of the forum by function prerogative. About the active legitimacy ad causam, it was analyzed the hypothesis of extending it to all co-legitimated left expected in the paragraph 5 of the Law 7.347/85. It was also thought about the practicability of heaping the popular action with the administrative dishonesty action, calling attention to the Project of Law number 6.997/2006. Finally, it was discoursed about the inapplicability of the paragraph 269, cutting III, of the Code of Civil Procedure, in this collective civil action modality.

Key-words: administrative dishonesty; collective civil action; competence; active legitimacy; interest in acting; forum prerogative; appeal; transaction.

Introdução

A palavra improbidade advém do grego *improbitate*, que significa *desonesto*.

A imoralidade e desonestidade dos homens públicos é preocupação antiga.

Para os filósofos romanos da antiguidade, a moral é a disciplina filosófica que investiga os meios e ocasiões de satisfazer e fortificar as inclinações com que a natureza dotou o ser humano, procurando estabelecer um conjunto de deveres que a natureza impõe ao homem, seja com respeito a si próprio, seja com relação aos outros homens. Segundo eles, o bem da cidade depende das qualidades morais do governante, que deveria servir de modelo de conduta para o povo, inspirando hábitos virtuosos em toda sociedade. Daí a preocupação do governante, que deveria ser educado para adquirir, além das virtudes comuns a todo homem de bem (sabedoria ou prudência, justiça, coragem e temperança), as virtudes próprias ao exercício de sua função (honradez ou disposição para manter os compromissos assumidos em qualquer circunstância, sendo leal até mesmo com seus inimigos, excluindo-se a fraude ou a simulação; magnanimidade ou grandeza e força de ânimo para se dedicar ao bem comum; liberalidade ou disposição para colocar sua riqueza a serviço do povo). (BARROS, 2006, p. 24).

No diálogo *Leis*, Platão defende que a finalidade da lei é tornar os cidadãos tão bons quanto for possível. Cabe então ao legislador, organizador da cidade e modelador de almas, produzir um sistema legal capaz de criar e de manter o caráter excelente dos cidadãos, para que pratiquem boas ações, convenientes para o bem da cidade. Por meio das leis, seria possível instaurar uma espécie de espírito coletivo que levasse a determinada disposição de caráter dos cidadãos própria ao convívio social. (BARROS, 2006, p. 21).

Também Aristóteles defendeu que a conduta individual só poderá ser boa se orientada pelas leis da cidade, que só serão boas quando produzidas por bons legisladores. (BARROS, 2006, p. 23).

Nos últimos tempos, um dos institutos do Direito Administrativo mais estudados tem sido o da Improbidade Administrativa. (GOMES JUNIOR, 2004, p. 103). No presente trabalho, nos ateremos à ação prevista na lei de improbidade. Pretende-se refletir sobre a competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos, bem como apontar alguns avanços e retrocessos da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.

1. Breve evolução histórica do controle da improbidade administrativa

A repressão à improbidade administrativa dos homens públicos surgiu no ano de 149 a.C, no direito romano, com a *lex de repetundis*, que tratava do ressarcimento ao erário em caso de desvio de tributo.(OSÓRIO, 1998, p. 57).

No Brasil, o instituto foi tratado com os contornos semelhantes ao que existe hoje a partir da Constituição Federal de 1934, estabeleceu que “qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios” (art. 113).

A Constituição de 1937 nada dispôs sobre o assunto.² Ao passo que a Constituição de 1946 revigorou e ampliou a previsão constante do diploma de 1934, alcançando também as entidades autárquicas e as sociedades de economia mista. Também na Carta de 1946, se previu que a lei deveria dispor sobre o “seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (art. 141, parágrafo 3º).

A regulamentação legal veio com a Lei nº 1.079/50, vigente até hoje, que dispõe sobre *crimes de responsabilidade*, cominando penas de suspensão de direitos políticos, perda de bens e perda da função pública.³

Com a vigência da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, denominada Lei da Ação Popular, o ordenamento jurídico solidificou um importante instrumento de defesa do patrimônio público à disposição do cidadão, ganhando disciplina na legislação infraconstitucional.

A Constituição de 1967 manteve a ação popular, ampliando a idéia de lesividade para “outras entidades tidas como públicas”. E previu que a lei deveria dispor sobre “perdimento de bens, abarcando os danos causados ao erário, e os casos de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na administração pública direta ou indireta” (art. 153, § 11).

Hodiernamente, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, estabelece a legitimidade do cidadão intentar ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa⁴, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural⁵.

² No plano infraconstitucional, o primeiro combate específico à improbidade administrativa foi proveniente do Decreto-Lei Federal nº 3.240 de 08.05.1941, que previa o seqüestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultaram prejuízo para a Fazenda Pública, desde que resultasse locupletamento ilícito e, subsidiariamente, a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública. (MORAES, 2002. p. 320).

³ Em seguida, a Lei nº 3.164/1957, chamada Lei Pitombo-Godói, e a Lei nº 3.502/1958, conhecida como Lei Bilac Pinto, estabeleceram o perdimento de bens nas hipóteses de enriquecimento ilícito do agente público por influência ou abuso de cargo ou função, atribuindo-se, nesse último caso, legitimidade ad causam ao Ministério Público, podendo ser postulado o ressarcimento ao erário na modalidade perdas e danos. (OSÓRIO, 1998, p. 59-60).

⁴ Bem lembra Luiz Manoel Gomes Júnior (200, p. 103): “Se a Carta Política erigiu a Moralidade Administrativa como causa autônoma justificadora da utilização da Ação Popular, sendo a Improbidade Administrativa espécie de imoralidade, ainda que acentuada, não há dúvida de que é possível a invocação de regra legal específica em tal espécie de demanda. Por sinal, em recente decisão o Excelso Pretório admitiu (...) o ajuizamento da Ação Popular apenas em razão da violação do Princípio da Moralidade Administrativa. STF - RE 170.768-2-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.03.1998.”

⁵ É importante notar que a ação popular recebeu da atual Constituição novas modalidades até então não previstas pela Lei 4.717/65, por esta razão, os mecanismos infraconstitucionais merecem ser revistos e aperfeiçoados pelo legislador, para melhor viabilizar a tutela desses novos direitos.

A atual Carta Política estabeleceu, em seu art. 37, *caput*, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência⁶, pilares da Administração Pública, e no § 4º do mesmo artigo, ampliou sua proteção, dispondo que:

“§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Na seqüência, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, alterou a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Pela nova redação, a ação civil pública pode ser utilizada para defender “quaisquer interesses difusos ou coletivos” (art. 1º, IV). Assim, a lesão moral e patrimonial provocada por ato de improbidade administrativa passou a ser tutelada também por essa modalidade de ação coletiva.

Pela abrangência desse dispositivo, a ação civil pública passou a ser um importante instrumento no combate à improbidade administrativa, disponível aos coletivamente elencados no art. 5º da Lei nº 7.347/85, a saber: Ministério Público, União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista ou por associação civil que preencha os requisitos legais.

Consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal a ação civil pública se presta à reparação dos danos causados ao erário.⁷

Contudo, a despeito de se poder combater a improbidade tanto pela ação popular, quanto pela ação civil pública, as condutas consideradas ilícitas não tinham uma tipificação ampla e objetiva de modo a exteriorizar uma *presunção absoluta* de ato de improbidade. Desse modo, uma vez praticado um ato supostamente contrário à probidade, o réu poderia discutir no curso da ação se a conduta por ele praticada seria ou não contrária à moralidade, o que daria ao juiz ampla margem de discricionariedade⁸.

Em 02 de junho de 1992, a Lei nº 8.429 a repressão da improbidade administrativa ganhou tratamento específico. Houve inovações em muitos pontos da matéria.

⁶ Princípio inserido pela Emenda Constitucional nº 19 de 04.06.1998.

⁷ Quanto ao cabimento de ação civil pública visando à proteção do patrimônio público, confira os seguintes precedentes do STF: AI -497618 ED, Relator Ministro Carlos Velloso; RE 208.790/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão; RE 248.202/MG e RE 234.439/MA, Relator Ministro Moreira Alves; AI 383.919-AgR/MG, Ministro Sepúlveda Pertence; AI 491.081-AgR/SP, Relator Ministro Carlos Velloso.

⁸ Entendemos que, com a tipificação das condutas ímprobadas na Lei nº 8.429/92, a caracterização do ato de improbidade foi melhor disciplinada. Ao réu cabe provar se fato existiu ou não existiu, e não ficar discutindo se o fato típico seria ou não ato de improbidade. Defendemos a subsunção do fato à norma para evitar interpretações destoantes e ilegais. Contudo, parece-nos necessário para evitar abusos e distorções na aplicação dessa lei que seja aplicado o *princípio da insignificância*, bem como o segredo de Justiça, permanecendo em sigilo o nome do réu até o recebimento da defesa prévia. Isso porque não se mostra razoável permitir que um agente público tenha sua honra e imagem maculadas por um processo judicial em que se discute, por exemplo, a apropriação indevida de um *clips* de papel adquirido com dinheiro público.

A lei nova enumerou as condutas contrárias à probidade (arts. 9º, 10 e 11) e estabeleceu, ainda, as sanções⁹ aplicáveis aos agentes públicos¹⁰ e aos terceiros que concorreram para o ato¹¹ (art. 12), bem como viabilizou a reparação do dano sofrido pela Fazenda Pública (art. 18). Ademais, versou sobre procedimento administrativo (arts. 14 a 16 e 22), tipificou o crime de denúncia caluniosa para a espécie (art. 19) e dispôs sobre a ação civil (arts. 16, 17, 20, 21 e 23), essa última objeto desse estudo.

Recentemente, a Lei nº 8.429/92 sofreu duas importantes alterações, uma pela Lei nº 9.366 de 16 de dezembro de 1996, que alterou o §3º do art. 17, determinando que quando a ação for intentada pelo Ministério Público a pessoa jurídica lesada deve ser citada, podendo integrar a lide na qualidade de assistente do autor ou do réu, à semelhança do que ocorre na ação popular. E a segunda e mais significativa pela Medida Provisória nº 2.225 de 04 de setembro de 2001, que alterou os §§5º a 12º, do mesmo art. 17, para disciplinar o rito daquela ação, como se verá adiante.

Contudo, não sabemos ao certo qual foi verdadeiro intuito do legislador. Teria ele pretendido aprimorar ou limitar o controle jurisdicional dos atos de improbidade administrativa? Houve regresso ou anacronismo para o exercício da cidadania?

No decorrer desse estudo, veremos que a lei nova trouxe avanços, mas também alguns retrocessos, razão pela qual sua interpretação não pode destoar da sistemática das ações coletivas, sob pena de se prejudicar Direitos Fundamentais.

2. Da dificuldade de se conceituar o ato de improbidade e a tipificação trazida pela Lei 8.429/92

Lembra-nos Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 451) que há uma “(...) sensível dificuldade doutrinária em fixar a limitação do conceito de improbidade, sustentando que, genericamente, comete improbidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa. Ciente dessa dificuldade, o legislador pátrio, sabiamente, optou por estabelecer de forma não exaustiva o rol dos atos administrativos que deverão ser considerados atos de improbidade administrativa”.

Ensina-nos Luiz Manoel Gomes Júnior (2004, p. 103) que “a improbidade administrativa estaria presente quando por parte do administrador, ou mesmo terceiros

⁹ As sanções estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 são aplicáveis isolada ou cumulativamente, sem prejuízo da condenação criminal. A escolha e gradação da penalidade obedecerá critérios de proporcionalidade e razoabilidade, podendo oscilar conforme a dimensão da lesão e o proveito do agente ímprobo. Como assinala Rogério Ponzi Seligman (2004): “O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92”,[...] “a proporcionalidade é fundamental à garantia do direito individual da justa aplicação da lei (devido processo legal substantivo) e à própria eficácia da Lei de Improbidade Administrativa, evitando banalizar instrumento de tamanha importância por meio de sua utilização mecânica e indiscriminada”. No mesmo sentido: RT 844/244.

¹⁰ Há grande polêmica quanto à aplicabilidade das sanções também aos *agente políticos*. Isto é, muito se discute se os que exercem mandatos eletivos e funções públicas de comando dos Poderes constituídos, v.g., Presidente da República, Deputados, Senadores, Prefeitos, Juizes, Desembargadores, dentre outros, respondem a ação prevista na Lei 8.429/92. Entendendo que sim: Alexandre de Moraes (RT 822/51). Em sentido contrário está decidindo o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 2138-6/190 DF, Relator Ministro Nelson Jobim. Embora essa Reclamação verse sobre *competência*, cuida também da *ilegitimidade passiva* dos agentes políticos para responderem ação prevista na Lei 8.429/92, entendendo que caberia aplicação somente da ação prevista na Lei 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade. Embora o Acórdão ainda não tenha sido publicado, sabe-se que atualmente o julgamento já possui seis (06) votos que acompanham o entendimento do Relator, pelo provimento da aludida Reclamação.

¹¹ Incorre nas mesmas sanções cominadas, figurando como co-réu na ação civil, aquele que, não sendo agente público, participa, auxilia, orienta o agente ímprobo ou se beneficia diretamente do ilícito previsto na lei de improbidade.

que se relacionem com a Administração, violem o dever de agir segundo um conceito amplo de Moralidade Administrativa”.

A Lei de Improbidade Administrativa enumerou as condutas contrárias à probidade. No art. 9º, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. No art. 10, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. E o art. 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Tais hipóteses são, portanto, meramente exemplificativas. Entretanto, uma vez praticada qualquer delas, haverá presunção absoluta de que ocorreu um ato de improbidade. Em outras palavras, não se admitirá prova de que a conduta tipificada seria lícita e, portanto, impunível. Para se escusar da condenação, o réu terá que demonstrar a inexistência do fato típico ou da autoria. Essa nova sistemática interfere no ônus probatório, facilitando a subsunção do fato à norma, e também evitará que sejam proferidas decisões contraditórias em casos semelhantes.

Entendemos por ato de improbidade administrativa aquele que contraria a moralidade da Administração Pública, princípio basilar protegido pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*. O ordenamento jurídico deve tutelar a boa imagem da administração e a zelar pelo seu patrimônio.

Sobre o assunto, vale conferir o parecer de José Miguel Garcia Medina (RT 815/123, p. 128): “(...) consoante entendimento hoje pacificado pela doutrina e pela jurisprudência que cuidam do tema, para que se esteja diante de um ato de improbidade administrativa exige-se a conjugação de três elementos fundamentais: 1º) a ilegalidade; 2º) a imoralidade; 3º) a desonestidade. Tais elementos, como se disse, devem estar presentes simultaneamente”.

Entendemos que a *desonestidade*, como elemento da improbidade, deve ser entendida em seu sentido amplo. Equivale afirmar, a desonestidade se caracteriza quando o agente sabe ou devia saber da ilicitude de sua ação ou omissão. Isso porque existem atos de improbidade administrativa provenientes de negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, é necessário que o agente público, ou o equiparado, atue com “dolo” ou “culpa”.¹²

Nesse diapasão, o ato de improbidade também se caracteriza quando, embora o agente não tenha intenção de lesar, deixa de observar o dever de cuidado com a *res publica*, inclusive quando se mostra desidioso com a boa imagem da administração pública.¹³

¹² Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 675-676): “O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa”. Marcelo Figueiredo (2000, p. 24) assevera “Nessa direção, não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de ‘desonestidade’ ou de improbidade propriamente dita”.

¹³ Cite-se como exemplo, quando agente público “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público” (inciso X, do art. 10, da Lei nº 8.429/92. Ou, ainda, quando o agente público “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo” (art. 11, inciso VI). Em tais hipóteses, se fosse exigida a prova do *dolo*, seria difícil senão impossível demonstrar a intenção do agente e, por conseguinte, o ato de improbidade. A prevalecer esse raciocínio, restaria esvaziado o próprio sentido da lei, que é perseguir a conduta que atenta contra um princípio da administração pública. Portanto, a *culpa* do agente público, *per se*, já caracteriza o ilícito.

Porém, é necessário frisar que a culpa do agente para caracterizar ato de improbidade há de ser lesiva e grave, consoante critérios de razoabilidade. Deve-se analisar, à luz do caso concreto, se o réu tinha o dever de evitar o dano e lhe era possível fazê-lo, pois como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. (...) A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”.¹⁴

Parece-nos acertado o recente aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual “a ausência de má-fé não interfere na caracterização da improbidade administrativa, mas é levada em consideração na dosimetria da penalidade imposta”.¹⁵ Complementamos nosso raciocínio com o precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo o qual “Para a ação de improbidade administrativa é preciso que fiquem bem delineados os seus elementos que, em suma, seriam o dano ao patrimônio público e a denominação da atitude do agente administrativo qualificada pela desonestidade, não bastando a configuração da ineficiência administrativa, necessária a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) e comprovação do dano”.¹⁶

3. Da natureza jurídica da ação de improbidade

Muito se discutiu no início se a ação prevista na Lei nº 8.429/92 seria uma ação civil ou penal. A resposta leva o intérprete a conseqüências processuais distintas, principalmente no que tange à fixação da competência.

Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca (2002) entendem que embora a ação prevista na lei de improbidade administrativa seja formalmente civil, tem ela repercussões quase-penais, haja vista a gravidade das sanções aplicáveis ao réu.

De fato, reconhecemos que as sanções previstas na lei de improbidade administrativa podem ser tão severas quanto algumas sanções penais¹⁷, eis que o agente poderá ser compelido a, isolada ou cumulativamente: i) deixar o cargo; ii) ver suspensos seus direitos políticos; iii) pagar multa civil por acréscimo patrimonial indevido do agente; iv) pagar multa civil por dano causado ao erário; v) pagar multa civil por ato contrário à moralidade, a ser aplicada sobre o valor da remuneração percebida pelo agente; vi) ressarcir o dano causado; vii) ficar impedido de contratar com o Poder Público; viii) ficar impedido de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez, cinco ou três anos, conforme o caso.

Justificam os mencionados autores que “tais características fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil de forte conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos. Este caráter claramente punitivo da ação de improbidade administrativa traz sérios questionamentos quanto à competência para o seu julgamento em determinadas situações. (...) Não se pode admitir numa interpretação sistemática e teleológica da ordem jurídica, que autoridades com prerrogativa de foro penal possam ser julgadas por juízes de primeira instância, em ações de improbidade que discutam justamente atos com repercussões penais, e cujos desfechos podem dar com a perda do cargo público e dos direitos políticos”. (WALD; FONSECA, 2002).

¹⁴ STJ – REsp. 213.994-MG, 1999/00411561-2, j. 17.08.1999, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27.09.1999.

¹⁵ TJSP – Ap. c/ Rev 318.822-5/3-00 – 1ª Câ. de Direito Público – j. 23.08.2005 – v.u. – rel. Des. Franklin Nogueira. RT 844/244.

¹⁶ TJMG – Ap 1.001204910508-8/001 – 3ª Câ. – Rel. Des. Maciel Pereira – j. 03.03.2005 RT 836/278.

¹⁷ Principalmente se as compararmos com algumas penas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do Código Penal.

Diverge desse entendimento Fábio Konder Comparato (1999, p. 8), segundo o qual: "Se, por conseguinte, a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal".

Verificamos que a parte final do art. 37, § 4º, da Constituição da República, realmente distingue a ação de improbidade da ação penal, já que ressalva a possibilidade desta última ser proposta independentemente da primeira, a qual passa a ter um nítido caráter extra-penal. Senão vejamos:

"§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Entendemos, portanto, que assiste razão à segunda opinião, visto que a tão só gravidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não basta para que se lhe atribua a natureza criminal.

Também parece equivocado, por afronta às regras de hermenêutica jurídica, afirmar que todo ato de improbidade é crime de responsabilidade, para que somente os agentes políticos viessem a se sujeitar ao foro privilegiado, aplicando-se-lhes a lei mais antiga, de julgamento político, desconsiderando a competência cível trazida pela nova lei.

Na lição de Luiz Manoel Gomes Júnior (2004, p. 104), "a Lei Federal 8.429/92 fixa várias espécies de penalidades de natureza civil, ainda que o mesmo ato também possa originar uma punição de natureza penal, no caso de violação a tal preceito".

Parece-nos mais acertado, destarte, afirmar que a ação de improbidade é uma ação civil, cujo objeto de direito material vem a ser um misto de responsabilidade civil e administrativa¹⁸, ficando a responsabilidade criminal reservada à ação penal.

4. Aspectos relevantes do procedimento previsto na lei de improbidade administrativa

Dispõe o art. 17, da Lei 8.429/92, que "a ação principal, seguirá o rito ordinário, podendo ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de (30) trinta dias da efetivação da medida cautelar".¹⁹

¹⁸ Muito embora o art. 12 da Lei nº 8.429/92 tenha feito ressalvas quanto às sanções civis, penais e administrativas, isso não significa que tenha criado um terceiro gênero de responsabilização. Eventual condenação na ação de improbidade haverá de ser civil e ou administrativa, ficando a responsabilidade criminal reservada à ação penal cabível. Dispõe o *caput* do mencionado art. 12: "*Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:*" Não teria sentido, pois, interpretar que as cominações pelo ato de improbidade deixaram de ter caráter civil, penal e ou administrativo. Seria mais claro o dispositivo, se o legislador tivesse dito "independentemente das *demais* sanções previstas na legislação específica". Parece-nos que esta é a interpretação mais correta de modo a evitar distorções.

¹⁹ O *caput* do art. 17 da Lei 8.429/92 pressupõe que a ação de improbidade administrativa será precedida por cautelar incidental de "seqüestro", prevista no art. 16 da mesma lei, muito embora a interposição dessa medida não seja obrigatória, nem preparatória, nem incidentalmente. Daí a razão de se referir à "ação principal", com clara intenção de distingui-la da referida ação cautelar. Importa ressaltar que embora o legislador tenha referido à ação cautelar de seqüestro, nada obsta que se requeira o "arresto" ou outra medida mais adequada aos interesses do autor, bem como que ele possa se valer do pedido de tutela antecipatória. Na lição de Hugo Nigro Mazzilli (1995, p. 63), "Cabem ações civis públicas ou coletivas: a) principais (condenatórias, reparatórias ou indenizatórias); b) cautelares (preparatórias ou incidentes); c) cautelares satisfativas, que não dependem de outra ação dita principal; d) de liquidação de sentença e execução; e) quaisquer outras, como as de preceito cominatório, declaratórias e constitutivas. Não só para a defesa metaindividual do consumidor, como para a de qualquer outro interesse difuso, coletivo ou

Dentre as inovações, podemos citar a Medida Provisória 2.225-45/01, que alterou a Lei 8.429/92, conferindo ao rito da ação de improbidade uma fase semelhante ao processo penal nos crimes contra a administração pública, em que o réu é ouvido previamente, antes de ser recebida a denúncia. Pela nova sistemática do art. 17, antes de ser citado, o réu da ação de improbidade receberá uma notificação para se manifestar nos autos, no prazo de 15 (quinze) dias, podendo juntar os documentos que entender pertinentes (§7º). Após essa manifestação, será feito um juízo de admissibilidade da ação, podendo o julgador rejeitar a inicial antes mesmo da citação (§8º).

Questão polêmica, quanto a esse juízo de admissibilidade refere-se à hipótese em que o réu não tem documentos pré-constituídos para provar sua inocência e assim ver rejeitada a inicial. Nesse caso específico, entendemos que o réu, uma vez notificado, poderá produzir prova testemunhal em audiência prévia de justificação, a acontecer antes mesmo da sua citação, com o escopo de se apurar a existência ou inexistência de indícios fáticos que respaldem o prosseguimento da ação. Entendemos assim porque, não raras vezes, a ação de improbidade é manejada com o fim único de denegrir a imagem de concorrente político em campanha eleitoral, baseada em meras suposições e especulações, sem indícios de autoria ou mesmo do dano em si. Assim, a cautela de se fazer uma audiência prévia de justificação se mostra salutar, principalmente porque, do contrário, se admitiria o processamento do feito em situações temerárias, o que poderia causar danos nefastos à imagem do acusado frente à opinião pública, sem falar nos prejuízos irreversíveis à sua carreira.

A decisão que rejeita a inicial desafia *apelação*. E a decisão que aceita o processamento da ação de improbidade é atacável por *agravo de instrumento* (§10). Uma vez aceito o processamento pelo juiz, aí sim, “será o réu citado²⁰ para apresentar contestação”.²¹

Nota-se, ainda, que por força do art. 17, §6º, a petição inicial deve ser instruída, com indícios da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas. Do contrário, poderá ser caracterizada má-fé do autor, com as condenações previstas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

No procedimento, não poderá haver, sob nenhuma hipótese, transação, e o produto da condenação deve ser destinado à pessoa jurídica prejudicada. Esses dois últimos pontos serão melhor abordados mais adiante (itens 8.3 e 13).

5. Classificação da ação de improbidade administrativa

Diante das peculiaridades da ação prevista na lei de improbidade administrativa, ganhou relevo a discussão sobre a sua classificação. Seria ela uma ação civil pública ou uma ação específica?

Segundo Arnaldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca (2002), “tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, freqüentemente chamando-a de ‘ação civil pública de improbidade

individual homogêneo, admitem-se todas as espécies de ações, com qualquer rito ou pedido”. Também vale conferir a reforma processual trazida pela Lei 10.444/2002, que estabeleceu a fungibilidade das tutelas de urgência.

²⁰ Seguem o rito ordinário a citação e respectivos prazos.

²¹ Ao nosso ver, o mais correto seria o § 9º, do art. 17, dispor que “o réu será citado para apresentar *resposta*” e não apenas *contestação*, já que ele poderá também opor exceção de incompetência, suspeição ou impedimento e até mesmo, em raríssimas hipóteses, a reconvenção quando o autor for pessoa jurídica co-legitimada.

administrativa'. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo. A importância do assunto fez o legislador editar normas específicas, e é dentro deste regramento especial que o tema deve ser tratado, de forma a serem devidamente garantidos e preservados os interesses maiores de uma sociedade justa, democrática e moralmente sadia".

Pondera Marcelo Figueiredo (2000, p. 91): "algumas questões processuais afloram, a saber: Qual o objeto da ação? A imposição de todas as penas do art. 12? Qual a eventual ligação entre a ação de improbidade e outras como, v. g. a ação popular e a ação civil pública? O objeto da presente ação é múltiplo. Visa à reparação do dano, à decretação da perda dos bens havidos ilicitamente, bem com à aplicação das penas descritas na lei. As penas podem e devem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, tudo a depender do caso concreto e da ampla investigação do dano causado, da responsabilidade do agente (teoria da culpa). Enfim, que não se mostra obrigatória a aplicação das cominações em bloco. É preciso ter em mente que existem vários instrumentos legais para proteção do patrimônio público. Assim, o objeto da ação de improbidade é mais amplo do que o da ação civil pública (art. 3º da Lei 7.347/85 – 'a ação poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer'). Também na ação popular a sentença de procedência julgará a invalidade do ato, condenará em perdas e danos os responsáveis e beneficiários do ato (art. 11 da Lei 4.717/65). Mais amplo se apresenta o objeto da ação de improbidade. Diante do ato de improbidade, os legitimados devem propor a presente ação e não outras, ainda que em defesa do patrimônio público. De outra parte, nada impede a propositura daquelas ações (ação civil, ação popular) a título subsidiário (art. 17, § 2º da lei). cremos, ainda, que não se mostra viável naquelas ações (popular ou civil pública) veicular pedido de ressarcimento do dano por ato de improbidade que cause dano ao erário público (art. 10), diante da previsão específica da presente lei, que contempla e inaugura uma nova ação, a 'ação civil de reparação de dano' causado pela improbidade. Deveras, se essa ação tem por objeto bem mais amplo que aquelas, inclusive com penalidades mais graves, seria um contra-senso poder-se 'optar' por escolher essa ou aquela via em detrimento da própria punição que se pretende garantir. Isto dito, estar-se-ia obstaculizando de uma forma reflexa e impedindo o Poder Judiciário de soberanamente atender aos pedidos das sanções aplicáveis, como que dispondo da ação pelos legitimados."

Entre os que defendem ser ela uma ação civil pública encontramos Marino Pazzagli Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1997, p. 197): "Ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa a toda coletividade".

Rodolfo Camargo Mancuso (2002, p. 59) argumenta: "ainda sob a rubrica do interesse para agir, cabe alertar que por vezes o valor jurídico a ser tutelado na ação civil pública é o 'erário', ou seja, o aspecto pecuniário do 'patrimônio público', seja porque o inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85 dá abertura para 'qualquer outro interesse difuso ou coletivo', seja porque a Lei 8.429/92 (sobre atos de improbidade administrativa e enriquecimento ilícito) aparece vocacionada à preservação desse bem, e

seu art. 17 legitima o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada à propositura da ação".

Somos do entendimento de que, uma vez ocorrido ato de improbidade administrativa, caberá ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada intentar ação civil de reparação de danos causados por improbidade, a que chamamos *ação de improbidade administrativa*, tendo como pedido a declaração da nulidade do ato ímprobo e a condenação do réu nas sanções expressamente previstas na lei. Poderá o autor, contudo, cumular a ação de improbidade com ação civil pública, caso pretenda a condenação do réu em outras obrigações, como por exemplo, de fazer ou deixar de fazer, hipótese em que o rito será o ordinário²².

Sobre o tema, vale conferir o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1) A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a *fortiori*, difuso. 2) A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3) A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é Lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes. 4) Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio de ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novéis demandas. 5) As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinaría das sentenças. 6) A *fortiori*, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental. 7) Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto imediato daquele também influa na categorização da demanda. 8) A Lei de Improbidade Administrativa, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Mandado de Segurança Coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. 9) A doutrina do tema referenda o entendimento de que 'A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular. (...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, §4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei 7.347/85)' (Alexandre de Moraes in 'Direito Constitucional', 9ª ed., p. 333-334). 10) Recurso Especial desprovido".²³

²² No mesmo sentido: STJ – REsp 434661 – MS – Rel. Min. Eliana Calmon – DJU 25.08.2003 – p. 280.

²³ STJ – RESP 510150 – MA – 1ª Turma – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 29.03.2004 – p. 00173.

Ao nosso ver, portanto, como a ação de improbidade administrativa visa tutelar o interesse público primário, entendido esse como interesse metaindividual de caráter difuso, para a proteção de um número indeterminado de cidadãos no sentido de impedir lesão ao patrimônio público e bem assim de preservar a moralidade da administração pública, entendemos ser ela uma verdadeira *modalidade de ação civil pública* que integra o microsistema de direito processual civil coletivo, aplicando-se-lhe, subsidiariamente a Lei nº 7.347/85 e as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor, bem como todos princípios que regem as ações coletivas.

6. Da competência

Interessa-nos saber qual o foro competente para ajuizar a ação civil de improbidade administrativa. Diante do silêncio da Lei nº 8.429/92, quais as regra de competência devemos aplicar? O comando do art. 94 do Código de Processo Civil (domicílio do réu) ou do art. 2º da Lei 7.347/85 (local do dano)?

Por se tratar de ação coletiva, como visto no tópico anterior, a competência há ser a do local do dano, consoante a Lei de Ação Civil Pública, art. 2º, *in verbis*: “As ações prevista nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Mas resta indagar, em que lugar o dano se concretiza? Onde o ato de improbidade se consuma (teoria da atividade) ou na sede da pessoa jurídica lesada (teoria do resultado)?

A ação de improbidade tem por escopo velar pelo prestígio da administração da coisa pública, não estando diretamente relacionada à lesão experimentada pelo *particular* ou pela *coisa* pertencente ao patrimônio público. Desse modo, o dano que deve determinar a fixação do foro é aquele que se produziu como lesão aos princípios e interesses da Administração Pública, a recair sobre a *sede* do ente público lesado pelo ato de improbidade²⁴.

Para ilustrar, cita-se o seguinte exemplo: um agente público estadual lotado em cidade do interior exige propina de um particular para fazer ato de ofício. Nessa hipótese, ocorreram dois danos distintos. Houve prejuízo ao particular extorquido e também à imagem da Administração Pública. Como a fixação da competência se dá pelo segundo evento, tem-se que o foro competente será o da capital do Estado-Membro, e não da comarca interiorana.

E se o ato de improbidade for praticado conjuntamente por dois agentes públicos, um municipal e outro federal, vindo a lesar, concomitantemente, a União e o Município? Nesse caso, como há interesse da União, será competente a justiça federal, por força do art. 109, I, da Constituição Federal²⁵.

E se o local do dano não for sede da Justiça Federal?

Marino Pazzaglini Filho, Marcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior (1997, p. 201) trazem o seguinte exemplo: “Se determinado ato de improbidade for praticado contra patrimônio de empresa pública cujo capital foi integralizado pela

²⁴ Asseveram Marino Pazzaglini Filho, Marcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior (1997, p. 200) que: “O dano se efetiva, quase que invariavelmente, na sede do Município, ou na sede administrativa do Estado ou da União”. No mesmo sentido: TJPR – AI 172.489-2. rel. Des. Luiz Cezar de Oliveira. j. 01.11.2005.

²⁵ Nesse exemplo, se a ação de improbidade for intentada pela União, incide a regra do art. 109, §1º, da Constituição Federal, pela qual a causa será aforada na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte, no caso o réu. Porém, se a ação for ajuizada pelo Ministério Público, prevalecerá o foro do local do dano, incidindo a regra do §2º do art. 9º da Magna Carta, porque a ação terá no pólo passivo a União, por força do art. 17, §3º da Lei nº 8.429/92, que manda aplicar o §3º, do art. 6º, da Lei da Ação Popular.

União, será competente para processar e julgar a ação civil pública o juízo da comarca em se situar a sede da empresa, independentemente de nela existir ou não vara da Justiça Federal. Eventual recurso, porém será a ela endereçado ao TRF”.

Permissa venia, entendemos que essa não é a melhor solução. Se o último exemplo supracitado cuidasse de dano à sociedade de economia mista, a competência seria da Justiça Estadual, com recurso para o Tribunal de Justiça, não para o TRF.²⁶

Contudo, como tratou de empresa pública da União, a competência haverá de ser da Justiça Federal, devendo a ação de improbidade ser intentada perante a Seção Judiciária Federal que tenha jurisdição sobre o local da sede daquela pessoa jurídica²⁷.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível a exclusão da competência da Justiça Federal para julgamento das ações civis públicas intentadas pela União ou contra ela (...), pois o afastamento da jurisdição federal somente pode dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, em relação às causas de natureza previdenciária”²⁸

6.1 Da polêmica (in)competência da Justiça do Trabalho

A Emenda Constitucional nº 45 de 08.12.2004, deu nova redação ao art. 114 da Carta Política. Interessa-nos, no presente estudo, os incisos I e VI, *in verbis*:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...)

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (...)”

Sabe-se que a relação de trabalho é gênero da espécie relação de emprego. Na primeira, abarcam-se toda e qualquer prestação de serviços por pessoa física, inclusive sujeitos a regime estatutário.

Como se constata, a grande maioria, senão todos, os atos de improbidade derivam de *relação de trabalho* havida entre o agente público e a entidade lesada. Portanto, caso o intérprete considere a literalidade do texto, inevitavelmente terá de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações civis de improbidade administrativa²⁹.

Dissemos literalidade do texto constitucional porque, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3395, intentada pela Associação dos Juizes Federais-AJUFE, houve por bem restringir a interpretação do inciso I, do art. 114, inserido pela Emenda nº 45/2004, entendendo que tal dispositivo diz respeito à *relação de emprego* e não à *relação de trabalho*.

Transcrevemos um extrato do voto do Relator Ministro Cezar Peluzo:

²⁶ Súmula 508 do STF: “Compete à Justiça Estadual, em ambas instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil S/A”.

²⁷ Não se aplica, *in casu*, a regra do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, porque ela se destina às demandas previdenciárias.

²⁸ STF – RE 228.955-9 RS – Tribunal Pleno – j. 10.02.2000 – rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 24.03.2000.

²⁹ O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em demanda de sociedade empresária contra prestador de serviços sem vínculo celetista, que “Compete à Justiça do Trabalho o julgamento de ação de indenização, por danos materiais e morais, fundada em fato decorrente da *relação de trabalho*, nada importando que o dissídio venha a ser resolvido com base nas normas de Direito Civil. (STF – 1ª Turma. RE 238.737-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 05.02.1999, p. 47).

“Não há que se entender que a justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio Gilmar Mendes, há ‘Oportunidade para interpretação conforme à Constituição (...) sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica.’ (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 222/223). É o caso. A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito *ex tunc*. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 14 da CF, na redação da EC 45/2004. Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a ‘apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação estatutária ou de caráter jurídico-administrativo’³⁰.

Sendo assim, como a ação de improbidade administrativa tem caráter jurídico-administrativo, quer seja em razão da natureza das sanções aplicáveis ao réu, quer seja pela reparação de dano ao erário, só nos resta concluir que ela não poderá ser apreciada pela Justiça do Trabalho, mas sim pela Justiça Comum Estadual ou Federal³¹.

6.2 Da inexistência de foro privilegiado por prerrogativa de função

Como vimos no item relativo à natureza jurídica da ação de improbidade, por se tratar de ação de natureza civil, não se lhe aplicam as regras sobre prerrogativa de foro do processo penal.

O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: “Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, “a”), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente sequer admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de 1º grau”³².

Insatisfeito com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o legislador aprovou a Lei nº 10.628 de 24 de dezembro de 2002, a qual recebeu severas críticas da

³⁰ Decisão liminar do Ministro Nelson Jobim, na publicada em 01/02/2005, referendada pelo Pleno do STF em 05.04.2006, por maioria, na ADI nº 3395.

³¹ Contudo, o Tribunal de Justiça do Paraná, já na vigência da supracitada liminar do STF, declinou da competência para o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, ao apreciar apelação em Mandado de Segurança tendo como objeto ato de presidente de autarquia municipal determinando abertura de processo administrativo disciplinar contra empregado celetista por ato de improbidade. Vejamos a ementa desse Acórdão: “Em se tratando de procedimento cabível para julgamento do recurso, têm imediata incidência as prescrições supervenientes da lei nova. Este princípio rege também a questão da competência: se a lei nova, no caso a Emenda Constitucional nº 45, atribui a outro órgão o julgamento, o preceito abrange o recurso já interposto, mas ainda não julgado pelo órgão que deixou de ser competente”. (TJPR - Ap. Cível nº 171.433-6. Rel. Des. Munir Karam. j. 16.08.2005).

³² Decisão da Corte Especial, tomada por voto de desempate. RCL 591/SP - Rel. Min. Nilson Naves - DJ 15/05/2000. RSTJ 137/17.

opinião pública, que considerou a lei como um verdadeiro presente de natal à impunidade.

Essa lei alterou o art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos, *in verbis*:

“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 administrativa, de que trata a Lei 8.429/92 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 forma, o legislador infraconstitucional, sem negar a natureza civil da ação de improbidade administrativa, determinou que esta ação obedecesse às regras de competência do processo penal.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da mencionada Lei nº 10.628/2002, razão pela qual prevalece a competência do juiz de primeiro grau, afastado o benefício do foro privilegiado³³.

A declaração da inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002 nos parece acertada. Não cabe interpretação extensiva, nem analogia na fixação de competência. Principalmente porque é ela matéria constitucional³⁴. Sendo assim, na ação civil de improbidade administrativa, a decisão de um juiz de primeiro grau pode, perfeitamente, afastar da função, *v.g.*, um Ministro de Estado.³⁵

Ademais, procede a ponderação de Waldo Fazzio Júnior (2001, p. 34): "Qual é o problema de um Juiz de 1º grau julgar a ação civil impetrada contra qualquer executivo municipal por atos de improbidade? Se condenado em primeira instância, o prefeito poderá recorrer ao Tribunal de Justiça, cumprindo-se a garantia processual do duplo grau de jurisdição".

7. Da legitimidade

Como visto anteriormente, são co-legitimados para intentar a ação de improbidade administrativa e a ação cautelar que lhe for acessória, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, consoante dispõe o caput do art. 17 da Lei nº 8.429/92.

³³ STF – ADI 2797-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, j. 15.09.2005.

³⁴ Como já reconheceu o Pretório Excelso, “a competência originária do STF, por configurar matéria sujeita a regime de direito estrito, revela-se cabível, unicamente, nas hipóteses indicadas em ‘*numerus clausus*’, no art. 102, I, da CF. Nesse rol taxativo, não se inclui a previsão constitucional pertinente ao julgamento de ações civis públicas, ainda que ajuizadas contra o Presidente da República, Ministros de Estado e outras autoridades que, em sede penal, dispõem de prerrogativa de foro perante a Suprema Corte”. (STF – despacho do Min. Celso de Mello na Petição nº 1.926-DF – Medida Liminar, DJU 02.03.2000 e inf. STF 181 de 13.03.2000, p.03).

³⁵ Consoante o parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92 “A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”. Sobre a competência do juiz de primeiro grau: TJPR Ap. 106817-1 – 1ª Câmara – j. 06.08.2002 – rel. Des. Ulysses Lopes; TJSP Ag. In 170.098-5, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Gonzaga Franceschini; TJSP Ap. Cív 133461-5, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Christiano Kuntz. TJSP ac 4394, 6ª Câmara Cív., rel. Des. Noronha.

7.1. Ministério Público

A legitimidade ativa do Ministério Público para defender o patrimônio Público e a moralidade administrativa têm base constitucional, no art. 129, III, da Carta Política. Como atribuição, revela-se mais que uma faculdade, senão um verdadeiro dever. Ademais, tem o *Parquet* a seu favor o inquérito policial e o procedimento administrativo, como valiosos instrumentos para coleta de provas, mormente em razão do poder de requisitar documentos que lhe é inerente³⁶.

Deve também ficar claro que a representação da autoridade administrativa não é condição de procedibilidade para que o Ministério Público proponha a ação cautelar preparatória, nem para que intente a ação principal. (PAZZAGLINI FILHO; ELIAS ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1997, p. 186).

Segundo a lição de Hugo Nigro Mazzilli (1995, p. 490), “O Ministério Público não sucumbe, não paga custas, nem honorários. Na ação civil pública ou coletiva proposta pelo Ministério Público na defesa de interesses gerais da coletividade, quem arca com eventuais despesas, no caso de improcedência do pedido, será o próprio Estado”³⁷.

É importante ressaltar que, havendo má-fé do Ministério Público, deverá ele arcar com custas processuais e honorários de advogado.³⁸

Ainda sobre a atuação do *Parquet*, dispõe o §4º, do art. 17 da Lei nº 8.429/92 que “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade”. Nessa hipótese, pronunciou o Supremo Tribunal Federal que “O inconformismo contra decisão judicial na via do recurso há de ser reservado pelo Órgão, atuando como fiscal da lei, a situações concretas em que surja, de início, ilegalidade”³⁹.

³⁶ Dispõe a Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 26 que: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que ofício; (...)”

³⁷ No mesmo sentido JTJ 159/189; JTJ 118/304; e RT 820/240.

³⁸ O Superior Tribunal de Justiça entendeu que “Na linha de precedentes da Corte, em ação civil pública não cabe a imposição do ônus da sucumbência ao Ministério Público, salvo comprovada má-fé” (REsp 258128/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., julgado em 08.05.2001, DJ 18.06.2001 p. 150). No mesmo sentido: REsp 403599/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 03.04.2003, DJ 12.05.2003 p. 274; AgRg no REsp 204951/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª T., julgado em 30.06.1999, DJ 16.08.1999 p. 101; REsp 183089/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª T., julgado em 20.05.1999, DJ 01.07.1999 p. 128.

³⁹ STF – RO em MS 24.293-4/DF – 1ª T. j. 04.10.2005 – v. u. – rel. Min. Marco Aurélio – DJU 28.10.2005. RT 845/170.

7.2. Pessoa Jurídica interessada

Nota-se que legislador tentou restringir o rol de co-legitimados⁴⁰ com o claro intuito de obstar a atuação das associações civis e outras entidades previstas no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, para assim dificultar o combate à improbidade administrativa.

Porém, não resta dúvida, conforme vimos, que *de lege ferenda*, todos os co-legitimados do art. 5º da Lei nº 7.347/85 podem intentar ação civil pública para defender a moralidade e o patrimônio público, eis que são esses interesses difusos, nos termos do inciso IV, do art. 1º da mesma norma. Porém, por não constarem do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, os demais entes coletivos estariam impedidos de pleitear, v.g., a condenação do réu nas sanções nela previstas.

Parece-nos que a restrição à legitimidade se mostra contrária ao microsistema das ações coletivas, cujo escopo maior é oportunizar o amplo debate dos interesses difusos e coletivos perante o Judiciário e, ainda, viabilizar a cidadania, o pluralismo e o direito de petição, consagrados como direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Nesse pormenor, são valiosas as lições de Hugo Filardi (2005, p. 85 e 87): “O conceito de democracia indissociável de processo como garantia fundamental dos jurisdicionados, vislumbrado por Piero Calamandrei e Nicolò Troker, deve ser aplicado de forma irrestrita por todos os atuantes da relação processual, sob pena de se incorrer em grave inconstitucionalidade. Os juízes, na sua inerente função de gerenciadores processuais, guardam a obrigação de garantir que todos os jurisdicionados interessados tenham plena capacidade de exporem suas opiniões jurídicas. Dentro deste conceito de livre acesso e contribuição das pessoas na entrega da tutela jurisdicional, o magistrado assume papel ativo, perseguindo assim a efetividade de seus provimentos. O zelo pela eficiência da tutela judicial deve pautar a atuação dos magistrados, que terão que conduzir os processos com senso humanitário e buscando a igualdade entre os interessados no desfecho da demanda (...) Não podemos mais conceber que o processo ainda conserve resquícios de autoritarismo, já que estamos sob a égide do Estado Democrático de Direito e a democracia participativa deve quebrar as amarras do conservadorismo no emprego da relação processual. Dado o dinamismo das atividades humanas, o processo tem obrigatoriamente que acompanhar as relações de direito material, não mais sendo triangular e sim um conjunto de relações jurídicas complexas. Somente com um diálogo humano e propenso à compreensão dos fatos postos em Juízo, atingiremos o ideal de processo justo, estando disponibilizados eficazmente todos os instrumentos para que a tutela jurisdicional seja efetiva e se traduza em credibilidade junto aos jurisdicionados”.

Vale repetir que, pela leitura do art. 17, caput, da Lei nº 8.429/92, a ação “será proposta pelo Ministério Público ou pela *pessoa jurídica interessada*”.

Com efeito, a *pessoa jurídica interessada* não se resume à *pessoa jurídica prejudicada*. Note-se que quando a lei quer se referir à pessoa jurídica prejudicada, ela o faz expressamente, como no art. 18, *in verbis*:

⁴⁰ Na opinião de Marino Pazzaglini Filho, Marcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior (1997, p. 197), “A pessoa jurídica interessada é, materialmente, a paciente imediata do ato de improbidade, e portanto interessada na reparação de seus efeitos (tem até legitimação para propor a ação)”.

“Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da *pessoa jurídica prejudicada* pelo ilícito”.

É possível que uma pessoa jurídica tenha um interesse, sem que tenha sido diretamente lesada pelo ato de improbidade. E como a improbidade administrativa traduz um interesse metaindividual, *difuso* por excelência, não há como afastar o interesse de todas as pessoas jurídicas previstas no art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Nesse contexto, guiamo-nos pela pertinente visão de Hugo Filardi (2005, p. 87): “Através da tutela coletiva, os magistrados puderam ampliar o alcance de efetividade das normas jurídicas de acordo com os ditames da democracia processual, muito embora tal iniciativa seja ainda incipiente, pois estes ainda muito arraigados a formalismos desnecessários e relações jurídicas estáticas, não inserem estas ‘grandes demandas’ no seio do debate popular. É chegada a hora de transmutar a engessada concepção de relação processual para uma visão cada vez mais caleidoscópica das demandas posta em Juízo. Por estar constitucionalmente assegurado, o direito de ação deve ser facilitado, sob pena de contribuirmos para que as normas de direito material estejam em um plano inalcançável para os jurisdicionados, permitindo que ilegalidades seja perpetradas e que o Poder Judiciário seja visto como um órgão distante dos conflitos humanos. O direito de ação deve ser humanizado para contemplar os anseios da população. O real destinatário da tutela jurisdicional deve ser tratado com respeito e justiça, tornando o processo um método igualitário de debate e aplicação concreta da vontade legal”.

Com a mesma acuidade, Carlos Roberto Siqueira Castro (2003, p. 356) nos ensina que: “O concurso da sociedade civil é condição primária para concretização das regras e princípios da Constituição. Sem a aderência da cidadania ativa e das instituições emanadas pelo corpo social em torno do ideário constitucionalista, frustram-se por inteiro as iniciativas, tanto públicas quanto privadas, de fazer valer a vontade da Constituição. Em suma, sem a força do povo, a Carta Política democrática, que hoje preside o sistema normativo brasileiro, ficará relegada ao plano estéril das intenções retóricas e sem aptidão para exercer o papel civilizatório e transformador da comunidade nacional”.

Considerando todos esses fundamentos, ousamos defender que a legitimidade ativa da ação civil de improbidade administrativa contemplou, sim, as seguintes pessoas jurídicas: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou, ainda, por associações civis⁴¹ que incluam dentre suas finalidades institucionais a proteção da probidade administrativa, ainda que essas pessoas jurídicas não tenham sido diretamente prejudicadas pelo ato de improbidade.⁴²

⁴¹ Constituídas há pelo menos 01 (um) ano. Sendo que o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 5º, inciso I e §4º da Lei 7.347).

⁴² Encontramos o seguinte precedente no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão: “A Associação dos Pequenos Produtores Rurais do Povoado de Jatobá/MA ajuizou Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra o prefeito, o assessor e tesoureiro, tesoureira adjunta, presidente da comissão de licitação e contador do Município de Buritirana/MA. O Juiz da Comarca de Amarante/MA, onde inicialmente tramitou a referida ação, extinguiu o processo, sem exame de mérito, entendendo ilegítima a parte autora para propositura daquela demanda. O Tribunal de Justiça do Maranhão deu provimento à apelação interposta pela Associação dos Produtores Rurais, anulando a sentença recorrida e determinando que os autos retornassem à comarca de origem para regular prosseguimento do feito. Os autos baixaram ao Cartório para regular processamento, ocasião em que o Juiz da causa, à luz da Lei nº 10.628/02, que estabeleceu foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, declarou a incompetência absoluta daquele Juízo e determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça

Essa extensiva legitimação encontra respaldo também em já mencionado precedente do Superior Tribunal de Justiça, vale repetir: “A Lei de Improbidade Administrativa, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Mandado de Segurança Coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (...)Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. Assim, não se pode negar que a *Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público*, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)”⁴³

Adotamos, portanto, a posição de Hugo Filardi (2005, p. 88 e 89): “Pugnamos por uma avaliação ampla das condições da ação e dos pressupostos processuais, a fim de dar solidez ao irrestrito acesso ao judiciário. Neste sentido, e em especial, no que concerne à legitimação, protestamos por sua desformalização facilitando a tutela coletiva. (...) Afinal, democracia representativa e participativa não se excluem, ao contrário são interdependentes na construção do Estado Democrático de Direito”.

Para evitar abusos e máculas à imagem do agente público acusado de improbidade administrativa, sugerimos que o juiz, ao receber a inicial, determine, por cautela, o *segredo de justiça*, mandando notificar pessoalmente o réu, nos termos do [§ 6º](#), do art. 17. Decorrido o prazo de quinze (15) dias para defesa prévia, se o juiz receber a inicial e der seguimento à ação, insubsistente fica o sigilo processual, seguindo-se a citação com regular publicidade do nome das partes. Contudo, se o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, sugerimos que seja mantido o segredo de justiça.

7.3. Pessoa Jurídica prejudicada

Caso a ação seja proposta por outro co-legitimado que não a pessoa jurídica prejudicada, esta deverá ser *citada* para integrar a lide na qualidade, inicialmente na qualidade de *ré*, sendo que posteriormente poderá, caso assim deseje, atuar como *assistente litisconsorcial* do autor. É o que dispõe o §3º do art. 17 da Lei 8.429/92, que manda aplicar o comando do art. 6º, §3º, da Lei 4.717/65, Lei da Ação Popular⁴⁴.

do Estado do Maranhão, onde o Processo foi autuado sob o número 0052862003. O Ministério Público argüiu, então, a incompetência daquele Tribunal e, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 10628/02 (fls.429/434, apenso III). Em sessão pública realizada em 27/10/2004, o Tribunal de Justiça do Maranhão, por maioria, rejeitou o incidente de inconstitucionalidade e, no mérito, por unanimidade, recebeu a inicial e deferiu a liminar pleiteada para decretar o afastamento provisório do Prefeito Municipal de Buritirana Antônio Lopes de Sousa e dos demais demandados, e ainda quebra do sigilos bancários e fiscais dos mesmos e a indisponibilidade de seus bens (fls. 574/575, apenso III)”. (Extraído do relatório da Suspensão de Liminar e de Sentença, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, autos nº 44 - MA 2004/0163849-8, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 23.11.2004).

⁴³ STJ – RESP 510150 – MA – 1ª Turma – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 29.03.2004 – p. 00173.

⁴⁴ A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça assim julgou: “*filio-me à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando esta, tendo atuado no feito no pólo passivo, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória*”. (STJ – AgRg no REsp. nº 439.854/MS. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 18.08.2003. p. 194). No mesmo sentido, julgou o Tribunal de Justiça de São

Segundo Luiz Manoel Gomes Júnior (2005, p 142), justifica-se “a existência de litisconsórcio necessário passivo, nos casos de demandas impugnando atos ímprobos”. Esclarece o ilustre professor que o litisconsórcio será passivo pelo menos inicialmente, pois é admitida à pessoa jurídica prejudicada a retratação quanto ao seu interesse na sentença, podendo a mesma passar do pólo passivo para o pólo ativo.

Ainda especificamente quanto à pessoa jurídica prejudicada, estabelece o art. 17, §2º, da Lei de Improbidade que ela “promoverá, quando for o caso as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”. Isto é, sendo a ação julgada procedente, poderá executar a sentença, que como veremos adiante, não sofre, via de regra, efeito suspensivo em caso de apelação. Pode, também, a *pessoa jurídica prejudicada* intentar outra ação de improbidade administrativa, com pedido de complementação de verbas indenizatórias, hipótese em que haverá *conexão* com a ação de improbidade anteriormente ajuizada, nos termos dos arts. 103 e 105 do Código de Processo Civil⁴⁵.

8. É possível cumular a ação de improbidade com ação popular?

Segundo a súmula 365 do Supremo Tribunal Federal, “Pessoa Jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”. E como o cidadão carece de legitimidade para propor a ação de improbidade administrativa não é cabível a cumulação dessas ações.

Vale ressaltar que, na hipótese de autores distintos intentarem ação popular e ação de improbidade administrativa em razão do mesmo fato (causa de pedir), é possível que ambas ações sejam reunidas para julgamento simultâneo, por conexão, segundo a regra do art. 105 do Código de Processo Civil.

Curioso notar, entretanto, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.997/2006, de autoria da Comissão de Legislação Participativa, para alterar o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92, inserindo o *cidadão* como novo co-legitimado. Caso seja aprovada a aludida proposta, será possível a cumulação de ação popular com a ação civil de improbidade administrativa.

9. Dos efeitos da apelação

Outra questão interessante refere-se ao efeito suspensivo da apelação contra sentença que julga a ação de improbidade tem efeito suspensivo.

Como a ação segue o rito ordinário, se poderia pensar que, via de regra, a apelação tem efeito suspensivo independentemente de haver requerimento do apelante nesse sentido, por força do artigo 520 do Código de Processo Civil.

Contudo, por se tratar de modalidade de ação coletiva, não parece ser essa a conclusão mais abalizada e adequada àquele microsistema.

A questão é esclarecida por Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1997, p. 206), para os quais a apelação não tem efeito suspensivo, contudo ele pode ser atribuído pelo juiz para evitar dano irreparável à parte,

Paulo, invocando os ensinamentos do Juiz e Professor Alexander dos Santos, segundo o qual “a pessoa jurídica, mesmo que já tenha contestado a ação popular, pode validamente mudar do pólo passivo para o pólo ativo da relação processual, se assim ditar o interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente” (TJSP – Ag. Instrumento nº 444.245.5/4-00, da Comarca de Barretos, Rel. Des. Borelli Thomaz. 05.04.2006).

⁴⁵ “Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”. “Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente”.

nos termos do art. 14 da Lei nº 7.347/85. “Assim dispondo o legislador ampliou a tutela do interesse protegido”.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 1162) “espera-se que os juízes, conscientes dos grandes poderes de que são investidos, empreguem-nos efetivamente e, sem imprudências, mas também sem timidez, valham-se deles para o cumprimento de sua missão de oferecer tutela jurisdicional efetiva a quem tiver o direito a um fazer alheio ou a uma abstenção”.

Haveria, portanto, retrocesso ao combate à improbidade se a sentença não pudesse ser executada provisoriamente, tendo que aguardar o trânsito em julgado da ação, ou pelo menos, a decisão de segundo grau, para só então concretizar seu dispositivo.

Assim, entendemos que o juiz pode antecipar a tutela na própria sentença, valendo-se do disposto no art. 273, II, do Código de Processo Civil, que autoriza medidas contra o abuso do direito de defesa, para evitar a suspensividade da apelação desprovida de substrato lógico, que poderia ser utilizada como medida meramente procrastinatória da execução.

Bastante pertinente é o seguinte entendimento da Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “(...) quanto maior for a eficácia da execução em termos de satisfatividade das relações obrigacionais pendentes, mais enfraquecido fica o movimento pela impunidade ou irresponsabilidade e que fez surgir a síndrome da obrigação não cumprida. (...) O tempo de percurso de uma apelação, em situação convencional, asfixia o usuário da jurisdição, especialmente para aquele que tem a razão sonorizada por uma sentença bem fundamentada (...) Quando este tempo alimenta-se por um recurso tipicamente abusivo, a nocividade da espera revolta. O art. 521 do CPC deve ser interpretado com rigor em situações convencionais ou no exercício regular das prerrogativas processuais e não quando o uso do direito de defesa ou uma certa excepcionalidade escancaram a necessidade de uma providência sensata. (...) Nada obsta que o Juízo de Primeiro Grau examine a concorrência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e, de pronto, salve o instrumento da letargia danosa”⁴⁶.

Na hipótese de não ser recebida a apelação no efeito suspensivo, a parte vencedora poderá executar provisoriamente a sentença. Tal regra é prevista no art. 475-O, do CPC, que autoriza a execução provisória por conta e risco do exequente, que se obriga, se a decisão for reformada, a reparar os danos que o executado tenha sofrido.

Contudo, cumpre observar que os atos de levantamento de dinheiro e alienação judicial de bens, na execução provisória, ficam condicionados à prestação de caução a ser prestada pelo exequente em valor arbitrado pelo juiz, de modo a garantir a reversibilidade dos danos sofridos pelo executado caso ele consiga prover seu recurso no juízo *ad quem*.

Ressalte-se que, conforme autoriza o art. 475-O, § 2º, do CPC, a *caução* pode ser dispensada quando o crédito tem natureza alimentar ou é decorrente de ato ilícito, no qual se incluiu a responsabilização por ato de improbidade administrativa, se o valor executado não ultrapassar a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (inciso I). A outra hipótese de dispensa de caução dar-se-á quando houver pendência de julgamento de recurso de Agravo de Instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (inciso II).

⁴⁶ TJSP – 3ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 194.421-4/8. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. J. 24.04.2001.

Por óbvio, caso o Tribunal reformule ou anule a sentença, a execução provisória eventualmente em curso ficará sem efeito, sendo as partes restituídas às condições anteriores à decisão.

10. Da prescrição

Quanto à prescrição, o art. 23 da Lei nº 8.429/92 assim dispõe: “As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”.

Percebe-se que a prescrição prevista no mencionado artigo *diz respeito apenas às sanções*, sendo certo que “o ressarcimento integral do dano não tem natureza de sanção, mas sim de indenização completa”. (PAZZAGLINI FILHO; ELIAS ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1997. p.151).

Nos termos do art. 37, §5º, da Carta Política, é *imprescritível* a ação de improbidade administrativa no que tange ao pedido de reparação dos danos causados à administração pública⁴⁷. Isto porque a Constituição ressalva expressamente as ações de ressarcimento de danos, quando autoriza que a lei trate de prazos prescricionais para os ilícitos, praticados por agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário.

A lei não estabeleceu o prazo decadencial para responsabilizar a pessoa que concorreu ou induziu o agente público à prática do ato de improbidade administrativa⁴⁸. Justamente porque a ação de improbidade administrativa que vise à indenização pelas perdas e danos sofridos pelo Patrimônio Público jamais seriam fulminadas pela prescrição.

11. Da vedação à transação

Dispõe o § 1º do art. 17, *in verbis*: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Na opinião de Luiz Manoel Gomes Junior (2005, p. 164), embora seja razoável o entendimento de que caberia acordo quanto à forma de ressarcir, ou seja, o acolhimento de um pedido de parcelamento, “a intenção do legislador bem como a própria finalidade da norma proibitiva é bem clara: *vedada qualquer espécie de acordo* quando a hipótese *sub judice* estiver abarcada pela Lei de Improbidade Administrativa”.

Inaplicável, *a priori*, a regra do art. 269, inciso III, do Código de Processo Civil, nessa modalidade de ação civil coletiva, segundo a qual o processo será extinto com julgamento de mérito quando as partes transigirem.

Porém, ressaltamos que, embora não seja possível uma transação concernente às *sanções*, é válido o ajuste *inter partes* quanto ao *modo* de restituição do patrimônio público. Não seria razoável impedir, por exemplo, que o réu parcelasse em três (03) prestações mensais o montante devido ou que ele promovesse uma dação de imóvel em pagamento do débito. Seria invocar demasiado formalismo, o qual inviabilizaria uma rápida solução da lide e até mesmo prejudicaria o interesse público que é recompor quanto antes o patrimônio desviado. Assim, frise-se, se não resultar em novo prejuízo

⁴⁷ No mesmo sentido: STJ – REsp. 700.970/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 20.02.2006 p. 295.

⁴⁸ É a figura do terceiro equiparado a agente público pelo art. 3º da Lei nº 8.429/92.

ao erário, a vedação à transação deixa seu caráter absoluto se respaldada na *razoabilidade*.

Conclusão

Como visto, a Lei 8.429/92, chamada Lei de Improbidade Administrativa, introduziu mudanças profundas no direito pátrio. As modificações ocorreram no ordenamento jurídico material e processual, excluindo-se sistemáticas ultrapassadas que somente favoreciam a impunidade do administrador ímprobo. Com efeito, a mencionada lei atualizou instrumentos antigos e implantou outros novos, em razão de uma necessidade premente de se tutelar o interesse metaindividual por excelência, qual seja a proteção do patrimônio e da moralidade pública, já que a corrupção prejudica diretamente toda a população, pois o desvio de verbas públicas está intimamente ligado ao índice de desenvolvimento humano. Contudo, fez-se aqui um esforço no sentido de repensar alguns conceitos trazidos pelo legislador, dando-lhes uma interpretação à luz do *Microsistema das Ações Coletivas*, para assim conferir maior efetividade e razoabilidade aos provimentos jurisdicionais atinentes ao tema. Longe de pretender examinar exaustivamente os problemas trazidos, o objetivo precípuo desse breve estudo foi estimular o debate acadêmico, arejando discussões travadas no plano nacional, para o fortalecimento da cidadania.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro. Saraiva. São Paulo, 2003.
- BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Ética e Política. Revista Discutindo Filosofia. Ano 1. n° 1. Escala Editorial. São Paulo, 2006.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Forense. Rio de Janeiro, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ação de Improbidade: Lei 8429/92 – Competência ao juízo de 1.º grau, in Boletim dos Procuradores da República, n.º 9, jan/99.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 13ªed. Atlas. São Paulo, 2001.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. 2 ed. São Paulo: Atlas: 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. 4 ed. Malheiros. São Paulo, 2000.
- FILARDI, Hugo. Democracia e Processo. Breves Reflexões sobre a Influência do Estado Democrático de Direito na Prestação da Tutela Jurisdicional. RT 836/83.
- GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma Visão Jurídico-Sociológica. RT 820/440.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação Popular – Aspectos Polêmicos. 2ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 2004.
- _____. Curso de Direito Processual Civil Coletivo. Forense. Rio de Janeiro, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos interesses difusos em juízo. 7ªed. Saraiva. São Paulo, 1995.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Ação Civil Pública – Improbidade Administrativa – Possibilidade de Indeferimento da Petição Inicial ante a Ausência de Ato de Improbidade – Inteligência do art. 17, §§ 8º e 11, da Lei 8.429/1992, c/c art. 295 do CPC. RT 815/123.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 1ªed. Atlas. São Paulo, 2002.

_____. Improbidade administrativa e a questão do princípio do juiz natural como garantia constitucional. RT 822/51.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. Observações sobre a Lei 8.429/92. 2ªed. Síntese, Porto Alegre, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Marcio Fernando; e FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. Atlas. São Paulo, 1997.

SELIGMAN, Rogério Ponzi. Revista de Direito Administrativo 238/253, Renovar, out-dez. 2004.

WALD, Arnoldo; e FONSECA, Rodrigo Garcia da. Ação de Improbidade Administrativa. Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf>.

Acesso em 26/04/2006.