

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Rubens Alexandre Elias Calixto**

**Ação por improbidade administrativa**  
Críticas e proposições

**DOUTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Rubens Alexandre Elias Calixto**

**Ação por improbidade administrativa**  
Críticas e proposições

**DOUTORADO EM DIREITO**

**Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Donaldo Armelin**

**SÃO PAULO**

**2010**

**CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. Ação por improbidade administrativa  
Críticas e proposições. São Paulo, 2010.**

276 f.

**Doutorado em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil.**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

**Orientador: Professor Doutor Donaldo Armelin**

Brasil. Improbidade. Combate. Efetividade. Foro privilegiado. Ação. Lei 8.429/92.  
Críticas. Proposições. Estrutura formal. Falhas. Impunidade. Mudanças.

**Banca Examinadora**

---

---

---

---

---

## **DEDICATÓRIA**

**Dedico este trabalho à minha esposa Paula, incondicional companheira, incentivadora e mulher, a quem devo grande parte dos meus modestos resultados.**

**Aos meus filhos Isadora, Rubinho, Júlia e Eduardo, por quem os dicionários ainda não foram capazes de definir a intensidade do meu sentimento.**

**Aos meus pais e meus irmãos, sempre uma fonte de alegria e contentamento.**

## **AGRADECIMENTOS**

**Registro os meus eternos agradecimentos a todos os mestres que encontrei na vida acadêmica e me indicaram os caminhos a trilhar, especialmente Haroldo Pinto da Luz Sobrinho e João Grandino Rodas.**

**Meu agradecimento especial ao meu orientador, Professor Donaldo Armelin, que com erudição e paciência tornou possível chegar até aqui.**

## RESUMO

Ação por improbidade administrativa  
Críticas e proposições

Rubens Alexandre Elias Calixto

O presente trabalho acadêmico tem como objetivo a análise crítica da ação por improbidade administrativa, disciplinada pela Lei 8.429/92, especialmente sua pouca efetividade na punição dos atos de improbidade praticados por agentes públicos.

Busca-se defender a tese de que a citada ação não atendeu satisfatoriamente às expectativas geradas com o seu advento, pois ainda persistem muitas denúncias de escândalos políticos no Brasil, dos quais resultam sérios prejuízos ao Erário.

Parte-se da premissa de que esta impunidade decorre de alguns fatores, como a histórica tolerância com os atos de corrupção, o foro privilegiado de que gozam os agentes políticos e a própria deficiência formal e estrutural da ação regulada pela Lei 8.429/92.

É feita breve análise do fenômeno da corrupção, do seu substrato ideológico, teorias, conseqüências e formas de combate, no direito comparado e no direito brasileiro, como ponto fundamental do problema, a partir da tensão axiológica verificada nas normas constitucionais que tratam das formas e meios de punição da improbidade administrativa.

É também discutida a controvertida questão do foro privilegiado, tendo como referência o julgamento da Reclamação 2.138 pelo Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de demonstrar que ele é um dos graves fatores da impunidade no Brasil.

Em complemento, procede-se a uma análise dos aspectos procedimentais da ação por improbidade, identificando lacunas, obscuridades e má redação no texto legal, que também contribuem sensivelmente para prejudicar a efetiva punição dos agentes públicos que cometem atos de improbidade.

Ao final, conclui-se que a ação por improbidade surtirá os efeitos desejados quando houver maior compromisso dos operadores do direito com o combate à corrupção, passando pela eliminação do foro privilegiado para os agentes políticos e as necessárias correções legislativas na Lei 8.429/92, de modo a facilitar sua interpretação e aplicação.

Brasil. Improbidade. Combate. Efetividade. Foro privilegiado. Ação. Lei 8.429/92. Críticas. Proposições. Estrutura formal. Falhas. Impunidade. Mudanças.

## **ABSTRACT**

### Judicial action against improbity conduct Critiques and propositions

Rubens Alexandre Elias Calixto

This academic paper intends to analyze and criticize the judicial action against improbity conduct, ruled by Act 8.429/92, specially the low effectiveness in punishing acts of corruption practiced by public officials in Brazil.

The author try to demonstrate that the action doesn't work as expected when its approval by The Brazilian Congress, in 1992, because still remain a lot of political scandals in Brazil, causing serious damages to the treasury, without the responsible people being punished for it.

A historical tolerance on corruption, special courts for public officials and the own formal and structural deficiencies of the legal text of Act 8.429/92 favour a state of impunity.

The paper begins with a short analysis about the corruption phenomenon, specially its ideological substratum, theories, effects and means of combat in brazilian law. The author thinks that this analysis is fundamental to situate correctly the question in brazilian constitutional ordainment, due to the axiological tension in constitutional rules about punishing corruption .

The author also discuss the important and polemic question of special courts for public officials, having in mind decisions from Supreme Court in Brazil to demonstrate that this prerogative is one of the most serious causes of impunity in Brazil.

Completing the dissertation, the author analyses procedures aspects of the action, identifying defections like lacunas, obscurities and bad compositions in the legal text, that contribute in order to difficult the punishing of bad conduct by public officials in their functions.

After all, the author concludes that the judicial action on improbity will only workout properly if judges and lawyers are ready to assume the compromise towards the fight against corruption, including the elimination of the special courts for public officials. Still he concludes that the legal procedure needs corrections, to make its interpretations easier for the judges when applying it.

Brazil. Improbity. Combat. Effectiveness. Special court for judgement. Action. Act 8.429/92. Critiques. Propositions. Formal structure. Failures. Impunity. Changes.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO: gênese e vocação da ação por improbidade.....</b>	<b>11</b>
<b>1 BREVE ANATOMIA DA CORRUPÇÃO.....</b>	<b>17</b>
1.1 História da idéia de corrupção.....	17
1.2 Teorias modernas da corrupção.....	23
1.3 Conseqüências da corrupção.....	24
1.4 Gestões internacionais contra a corrupção.....	26
1.5 A importância do sistema judicial no combate à corrupção.....	29
1.6 O combate à corrupção no direito comparado.....	33
1.7 O combate à corrupção no Brasil.....	36
<b>2 O FORO PRIVILEGIADO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>40</b>
2.1 Definição e fundamentos do foro privilegiado.....	40
2.2 Foro privilegiado no direito comparado.....	41
2.3 Foro privilegiado nas constituições brasileiras.....	47
2.3.1 Constituição de 1824.....	47
2.3.2 Constituição de 1891.....	48
2.3.3 Constituição de 1934.....	48
2.3.4 Constituição de 1937.....	49
2.3.5 Constituição de 1946.....	50
2.3.6 Constituição de 1964.....	51
2.3.7 Constituição de 1969 (Emenda Constitucional 01/69).....	52
2.3.8 Constituição de 1988.....	52
2.4 A temática do foro privilegiado na improbidade administrativa.....	56
2.5 Considerações sobre o foro privilegiado.....	61
<b>3 CRÍTICA DA ESTRUTURA FORMAL DA LEI 8.429/92.....</b>	<b>68</b>
3.1 Considerações iniciais.....	68
3.2 Sistematicidade do texto vigente.....	68
3.3 Lacunas importantes.....	71
3.4 Deficiências de redação.....	73
3.5 Funcionalidade.....	75
<b>4 A FASE ADMINISTRATIVA DA PERSECUÇÃO.....</b>	<b>78</b>
4.1 Do controle dos atos administrativos.....	78
4.2 Do controle interno dos atos administrativos.....	80
4.3 Da legitimidade para provocar o controle interno do ato ímprobo.....	81
4.4 Requisitos da representação contra ato de improbidade.....	84
4.5 Da rejeição da representação.....	87
4.6 Da hipótese de delação anônima.....	88
4.7 Procedimento administrativo e inquérito civil.....	91
4.8 Efeitos do procedimento administrativo.....	95

<b>5</b>	<b>ABORDAGEM INICIAL DA AÇÃO POR IMPROBIDADE.....</b>	<b>97</b>
5.1	Definição.....	97
5.2	Natureza jurídica da ação.....	100
5.3	Fundamentos constitucionais.....	110
5.4	Missão constitucional.....	112
5.5	Concorrência com outras ações.....	117
<b>6</b>	<b>DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>121</b>
6.1	Distinção entre prescrição e decadência.....	121
6.2	Prescrição e decadência na ação por improbidade.....	126
6.3	Da prescritibilidade da ação de ressarcimento.....	129
6.4	Prazos prescricionais na ação por improbidade administrativa.....	132
6.5	Prescrição da ação no caso de vínculos transitórios com a Administração.....	135
6.6	Prescrição da ação para os ocupantes de cargos efetivos ou empregos.....	137
6.7	Prescrição da ação contra particulares.....	138
6.8	Da prescrição administrativa e seus efeitos jurídicos.....	139
6.9	Da declaração judicial da prescrição.....	141
6.10	Efeitos jurídicos da prescrição da ação por improbidade administrativa.....	141
<b>7</b>	<b>PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO POR IMPROBIDADE.....</b>	<b>144</b>
7.1	Considerações introdutórias sobre os pressupostos processuais.....	144
7.2	A petição inicial na ação por improbidade.....	147
7.3	Competência em razão da matéria.....	154
7.4	Competência territorial.....	158
7.5	Conexão e continência.....	160
7.6	Litispêndia e coisa julgada na ação por improbidade.....	166
7.7	Pagamento de custas e despesas processuais.....	168
<b>8</b>	<b>CONDIÇÕES DA AÇÃO POR IMPROBIDADE.....</b>	<b>171</b>
8.1	Considerações introdutórias sobre as condições da ação.....	171
8.2	A possibilidade jurídica do pedido.....	172
8.3	O interesse de agir.....	174
8.4	A legitimidade ativa.....	176
8.5	A legitimidade passiva.....	178
8.6	Possibilidade de litisconsórcio.....	181
8.7	Intervenções de terceiros.....	185
<b>9</b>	<b>DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POR IMPROBIDADE.....</b>	<b>189</b>
9.1	Breve introdução sobre as origens do Ministério Público.....	189
9.2	Da função investigativa dos atos de improbidade.....	190
9.3	Da função instauradora da ação.....	193
9.4	Da impossibilidade de desistência ou abandono da ação.....	197
9.5	Da função fiscalizadora na ação por improbidade.....	198

9.6 Prerrogativas processuais do Ministério Público.....	199
9.7 Considerações sobre a atuação do Ministério Público.....	201
<b>10 DOS ATOS PROCEDIMENTAIS DA AÇÃO.....</b>	<b>205</b>
10.1 Do rito processual.....	205
10.2 Do uso da ação civil pública contra os atos de improbidade.....	205
10.3 Notificação e defesa preliminar.....	209
10.4 Do juízo prévio de admissibilidade da ação.....	213
10.5 Citação e contestação.....	217
10.6 Da atividade instrutória na ação por improbidade.....	219
10.7 Tutela de urgência.....	224
<b>11 SENTENÇA E COISA JULGADA NA AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>234</b>
11.1 Definição e classificação da sentença.....	234
11.2 A sentença na ação por improbidade.....	236
11.3 Coisa julgada.....	243
11.4 Execução da sentença.....	256
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>258</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>266</b>

## INTRODUÇÃO

### Gênese e vocação da ação por improbidade

O ano de 1992 foi marcado por acontecimentos que fizeram parecer a todos que finalmente a nação brasileira estava dando largos passos em direção à sua maturidade democrática, no que diz respeito à moralização da Administração Pública.

No dia 29 de setembro daquele ano, após sucessivas denúncias de corrupção e tráfico de influência, quase sempre envolvendo a intermediação do empresário alagoano Paulo César Farias, o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, foi afastado do cargo pela Câmara dos Deputados, em sessão que os canais de televisão transmitiram ao vivo para todo o país. Cerca de três meses depois o Presidente teria o seu mandato definitivamente cassado pelo Senado Federal.

O afastamento de Collor de Mello era defendido por largos setores da imprensa e da intelectualidade brasileira. Contudo, ficou efetivamente marcado pelo enorme clamor popular que o antecedeu, principalmente dos jovens *caras pintadas*, que com as cores da bandeira nacional estampadas em seus rostos engrossavam os comícios e passeatas em prol da deposição do presidente.

Em tal episódio, pareciam eclodir as *forças renovadoras* a que se refere Caio Prado Júnior<sup>1</sup>, capazes de conduzir definitivamente à superação do estado de indolência, preguiça e corrupção que foram, segundo aquele autor, característicos da formação colonial de nosso país.

Neste contexto político-institucional é que veio à luz a ação por improbidade administrativa, disciplinada pela Lei 8.429, de 02 de junho de 1992.

Ironicamente, esta lei originou-se de um projeto enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente Fernando Collor de Mello, através da Mensagem n. 406, de 14 de agosto de 1991. Ele que, no ano seguinte, sofreria o impeachment e perderia o cargo justamente por denúncias de corrupção, embora por crime de responsabilidade, nos termos da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950.

Concebida no fervor de movimentos cívicos pela moralização da política e combate à corrupção, a Lei 8.429/92 simbolizou a viva esperança em um país mais transparente e idôneo

---

<sup>1</sup> *Formação do Brasil contemporâneo*, p. 357.

no trato da coisa pública. Era um novo e poderoso instrumento processual que permitiria a punição mais efetiva dos desvios praticados no âmbito da Administração Pública.

Todavia, uma reflexão sobre a vida político-institucional brasileira nas últimas duas décadas levará à conclusão de que os resultados da luta contra a corrupção e a improbidade administrativa – se é que estas duas expressões podem significar coisas distintas – foram demasiadamente tímidos.

Sob este aspecto, são eloqüentes as denúncias de irregularidades no âmbito do Congresso Nacional, notoriamente o escândalo conhecido como *mensalão*, amplamente divulgado pela imprensa no ano de 2005, que revelou esquema para aliciamento de votos de parlamentares brasileiros, com o envolvimento de vários empresários, políticos e servidores públicos.

O mesmo se diga das centenas de atos secretos do Senado Federal, denunciados pelos meios de comunicação no ano de 2009, por meio dos quais, entre outras medidas impróprias, teria havido nomeações de parentes de senadores para cargos comissionados e pagamento irregular de horas extraordinárias, todas prejudiciais aos cofres públicos e à moralidade administrativa.

Sempre às voltas com denúncias desta ordem, o jornalista Fernando Rodrigues, no site UOL<sup>2</sup>, em 28 de dezembro de 2009, relacionou 105 casos de supostos desvios de conduta de deputados federais e senadores no ano de 2009.

O mesmo jornalista havia apresentado estatísticas no site da UOL<sup>3</sup>, em 22 de junho de 2009, sobre o crescente e significativo aumento de escândalos envolvendo a classe política brasileira, nos últimos governos, conforme os números estampados na tabela abaixo:

Governo	Duração	Número de escândalos	Média (escândalos/ano)
Geisel	5 anos	08	1,60
Figueiredo	5 anos	10	2,00
Sarney	5 anos	06	1,20
Collor	2 anos	18	9,00
Itamar	3 anos	31	10,33
FHC	8 anos	44	5,50
Lula	5 anos (até 2006)	102	20,40

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/escandalos-congresso/>>.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://mais.uol.com.br/view/e8h4xmy8lnu8/para-guardar-e-lembrar-nas-urnas-04023362E0B94346?types=A&>>.

As denúncias de irregularidades e corrupção se espalham por todo o território nacional, abrangendo outros segmentos e instâncias do Poder, como no caso de imagens divulgadas pela TV nos últimos meses de 2009, em que o governador do Distrito Federal aparece recebendo uma sacola de dinheiro em circunstâncias muito suspeitas, assim como parlamentares distritais, um deles bizarramente escondendo maços de dinheiro em suas meias.

As muitas denúncias, longe de se restringir ao Poder Legislativo, aparecem também no Poder Executivo e mesmo no Poder Judiciário, como no escândalo da construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, no final dos anos 1990, cujo mentor foi o magistrado Nicolau dos Santos Neto.

Respeitáveis pesquisas e indicadores de corrupção denotam que o Brasil ainda está longe de ficar livre da corrupção, este câncer institucional que fragiliza a democracia e corrói os pilares da República.

Fernando José Lira<sup>4</sup> noticia pesquisa empresarial feita pela *Kroll Associates* em 2001, segunda a qual: a) um em cada três entrevistados disse que a corrupção é comum no seu ramo de negócios; b) quase um terço das empresas (principalmente no setor industrial) já recebeu pedidos de pagamentos “por fora” para facilitar a concessão de licenças e alvarás; c) metade das companhias já recebeu pedidos de propina em casos envolvendo impostos e taxas; d) metade das empresas que participaram de licitações públicas recebeu pedidos de propina.

Segundo as empresas pesquisadas, os agentes públicos com maior possibilidade de serem corrompidos são:

1º	Policiais
2º	Fiscais Tributários
3º	Funcionários ligados a licenças
4º	Parlamentares
5º	Funcionários ligados a licitações
6º	Agentes alfandegários
7º	Fiscais técnicos
8º	Primeiro escalão do Executivo
9º	Funcionários de bancos oficiais
10º	Juízes

---

<sup>4</sup> *Corrupção e pobreza no Brasil*, p. 15-16.

Da mesma forma, no Índice de Percepção de Corrupção do ano de 2005, elaborado pela Transparência Internacional<sup>5</sup>, o Brasil ocupava o preocupante 62º lugar entre 159 países, com o baixo índice 3,7 numa escala de zero (alta corrupção) a dez (baixa corrupção).

No ranking de 2009<sup>6</sup>, o Brasil decaiu para a 75ª posição, entre 180 países pesquisados, com o mesmo índice anterior (3,7), muito distante dos países com menor índice de corrupção, como Nova Zelândia, Dinamarca, Singapura, Suécia e Suíça (notas acima de 9,0).

A torrente de escândalos e os péssimos indicadores da corrupção no Brasil evidenciam que o país ainda está fortemente impregnado daquele *patrimonialismo* que, no dizer de Raymundo Faoro, permite à comunidade política conduzir, comandar e supervisionar negócios, “*primeiro como negócios privados e depois como negócios públicos, onde o súdito e a sociedade são compreendidos num aparelhamento a explorar, manipular e tosquiar*”.<sup>7</sup>

Este estado de coisas leva à inexorável conclusão de que a ação por improbidade da Lei 8.429/92 não cumpriu plenamente sua vocação de combate à corrupção, para a frustração daqueles que contavam com ela para disseminar a moralidade na condução dos negócios do Estado.

O presente estudo busca discutir o papel, a estrutura processual e a funcionalidade da ação por improbidade como instrumento de contenção dos desvios praticados por agentes públicos no Brasil. É um trabalho que envolve expectativas, frustrações e possibilidades.

Tal desafio passa por uma pré-compreensão do próprio fenômeno da corrupção no mundo contemporâneo, sem dúvida uma séria ameaça à democracia e à estabilidade de muitos países em desenvolvimento.

Inevitável a análise dos fundamentos constitucionais e bases axiológicas da ação por improbidade, como instrumento por excelência de punição dos desvios na Administração Pública.

A corrupção atingiu um estágio de tensão institucional no Brasil, refletido no constante confronto entre a insatisfação da opinião pública e o comportamento oficial. Já não há mais, como no passado, tolerância com o proveito pessoal do governante em face do bem público. A função pública deixou de ser vista como uma fonte legítima de ganho privado<sup>8</sup>.

Observa José de Souza Martins<sup>9</sup> que em episódios recentes foram incluídos no conceito de corrupção condutas e práticas que ao longo da história da sociedade brasileira não

---

<sup>5</sup>Disponível em: <[http://www.transparency.org/news\\_room/in\\_focus/2005/cpi\\_2005#cpi](http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2005/cpi_2005#cpi)>.

<sup>6</sup>Disponível em: <[http://www.transparency.org/layout/set/print/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2009](http://www.transparency.org/layout/set/print/policy_research/surveys_indices/cpi/2009)>.

<sup>7</sup> *Os donos do poder*, p. 363.

<sup>8</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A democracia no limiar do século XXI*, p. 87.

<sup>9</sup> Apud Flávia Schilling, *Corrupção, crime organizado e democracia*, p. 401-402.

causavam estranheza, indignação ou repulsa política, o que sugere a reflexão sociológica sobre mudanças no Brasil que levaram a sociedade a classificar negativamente comportamentos que até há pouco tempo eram interpretados pelo senso comum na perspectiva de valores positivos.

Nesta arena pública, permeia o Poder Judiciário. A instituição é desafiada a assumir o seu papel na luta contra a improbidade.

Boaventura Souza Santos<sup>10</sup> anota que a corrupção constitui, juntamente com o crime organizado, a grande criminalidade na era do Estado-Providência, colocando os tribunais no centro de um complexo problema de controle social.

Todavia, a análise do fenômeno da corrupção indicará que só a coerção judicial não é suficiente para conter os desvios, pois isso depende também de outros importantes fatores, como a redução da burocracia estatal, a transparência da gestão pública, a liberdade de imprensa e um controle interno razoavelmente eficiente dos atos praticados pelos gestores públicos.

Portanto, o sistema judicial não pode resolver sozinho todos os problemas de improbidade, que genericamente podem ser entendidos como atos de corrupção. Os desvios no trato da coisa pública apenas serão eficazmente contidos se houver uma multiplicidade de fatores inibitórios.

De qualquer modo, é indubitável que um sistema judicial eficiente tem enorme importância no combate à corrupção.

A Transparência Internacional, no documento *Global Corruption Report 2007*, assevera que a luta contra a corrupção depende muito de um sistema que conte com juízes independentes e imparciais, sem os quais a corrupção se torna persistente e difícil de reverter.

Neste contexto, a ação da Lei 8.429/92 se constitui no mais poderoso instrumento de punição dos atos de improbidade administrativa no sistema judicial brasileiro, diante da insuficiência das ações de natureza penal, da ação popular disciplinada pela Lei 4.717/65 e da ação civil pública regulada pela Lei 7.347/85.

Justifica-se, deste modo, uma reflexão que se poderia dizer holística da ação por improbidade, para abranger os múltiplos aspectos que interferem em sua efetividade: sócio-político, axiológico e procedimental.

Aqui há o manifesto objetivo de ultrapassar – sem dispensá-la – a simples atividade descritiva e interpretativa do direito positivo.

---

<sup>10</sup>Ibid., p. 405.

Há ainda a pretensão a eventuais proposições que, *de lege ferenda*, poderiam contribuir para a maior efetividade da ação.

Talvez por isso, o bom desenvolvimento do tema exige espírito renovador, conduzindo à revisão de alguns dogmas, como o do sempre controvertido foro privilegiado. Do contrário, poderemos viver um estado de condescendência que conduzirá à *corrupção institucional*, segundo concepção de José Antônio Martins<sup>11</sup>.

A par da efetividade processual, outra preocupação candente é evitar *pendores inquisitivos* no ajuizamento da ação de improbidade, por vezes combinados com a execração pública, transformando-a num símbolo de terror e medo.

Ajusta-se, neste caso, o lúcido magistério de Lúcia Valle Figueiredo<sup>12</sup>, de que combater a improbidade administrativa é fundamental, mas dentro do primado da democracia, da cidadania e do devido processo legal.

O presente estudo identifica três obstáculos principais para maior efetividade da ação por improbidade: a cultura da corrupção, a exclusão de alguns agentes públicos do seu alcance (foro privilegiado) e as próprias deficiências estruturais da Lei 8.429/92 (problemas de sistematicidade, lacunas, dispositivos mal redigidos e déficit de funcionalidade).

Por isso o seu início pela abordagem do fenômeno da corrupção: história, teorias, conseqüências, direito comparado e a importância do sistema judicial como instrumento de controle.

Na seqüência, analisa-se o relevante problema do foro privilegiado ou prerrogativa de foro por exercício de função, também buscando conhecer seus fundamentos, sua evolução histórica e o direito comparado, além do tratamento que esta matéria tem recebido no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O passo seguinte é a análise dos aspectos procedimentais da ação por improbidade, mediante tratamento até certo ponto compartimentado da estrutura fundamental do processo, o que envolve a discussão, entre outras coisas, em torno dos pressupostos processuais, condições da ação, da sentença e da coisa julgada, com as peculiaridades do procedimento.

Em alguns momentos, são oferecidas sugestões de modificação no texto da lei, como contribuição para o debate em torno do seu aperfeiçoamento.

---

<sup>11</sup> *Corrupção*, p. 51.

<sup>12</sup> *Corrupção administrativa*, p. 80.

# 1 BREVE ANATOMIA DA CORRUPÇÃO

## 1.1 História da idéia de corrupção

Pode-se afirmar que há uma história da idéia de corrupção, objeto de estudo da Ciência Política.

No sentido etimológico, a palavra corrupção deriva do latim *corruptio*, resultante da junção dos termos *cum* e *rumpo* (do verbo romper), significando romper totalmente, quebrar o todo, donde *corruptionis* tem o sentido original de ruptura das estruturas, de quebra daquilo que constitui o fundamento de algo<sup>13</sup>.

A corrupção pode ser analisada pelo prisma do indivíduo (corrupção moral) ou do corpo social (corrupção política).

Sob o prisma individual, em geral influenciado por preceitos religiosos, rotula-se corrupto o sujeito que não observa as regras familiares ou sociais que imperam numa dada ordem de pessoas.

Mas pode-se interpretar a corrupção também como algo resultante das regras próprias do mundo político, sem grandes correlações com a moralidade do indivíduo. Por esta interpretação, a corrupção política de uma sociedade está ligada à fraqueza de suas leis e de suas instituições políticas, à falta de preocupação e ação do cidadão em relação às coisas públicas<sup>14</sup>.

Fernando Filgueiras<sup>15</sup> aponta quatro etapas na história da idéia de corrupção: a) No referencial lingüístico do Aristotelismo; b) No mundo romano; c) No mundo medieval e no mundo renascentista; d) Sob o pensamento político moderno.

Nos primórdios da sociedade organizada, a corrupção surge como uma idéia biológica para somente depois se transportar para o mundo político e social como processo de decadência de uma sociedade ou instituição, que também pode morrer ou desaparecer, a partir do momento em que os entes políticos mostram sintomas de fragilidade, de degeneração, de desvios dos princípios fundamentais, donde a associação quase automática entre corrupção e doença, como um mal a ser extirpado<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> José Antônio Martins, *Corrupção*, p. 12.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 21-24.

<sup>15</sup> *Corrupção, democracia e legitimidade*, p. 29-81.

<sup>16</sup> José Antônio Martins, *op. cit.*, p. 14 e 15.

Durante séculos, a idéia de corrupção esteve associada por filósofos gregos a um processo natural ou biológico de desgaste ou degeneração de um ser vivo, conforme utilizada por Aristóteles em *A geração e a corrupção*. Daí a expressão *diaphtora*, que traz o significado de destruição, ruína e danos aos valores e à ordem<sup>17</sup>.

Assim, a corrupção era vista como parte de um ciclo vital. Para Aristóteles, o mundo natural está constantemente sujeito à corrupção, entendida como processo de mudança. Em outras palavras, isso significa que a solução de continuidade de uma ordem depende da possibilidade constante de sua corrupção, sendo ela necessária para a integridade do ser frente à diversidade do universo<sup>18</sup>.

No que tange à política, a visão aristotélica é a de que a *polis* constitui a organização coletiva dos homens, em que se busca o bem comum (*eudamônia*). Corrupção (*diaphtora*) será a realização do mau governo, aquele que se distancia da justiça e da verdade segundo o *éthos* da organização coletiva. Assim como nos fenômenos naturais, a corrupção é um fato da política, porque compreende a manutenção do movimento do corpo político ao longo do tempo, já que ela propicia a geração de mecanismos institucionais para o seu controle. Por esta visão, a corrupção nunca poderá ser totalmente erradicada, mas o controle institucional das paixões humanas possibilitará a reprodução da ordem política. Assim, a virtude é um problema de prática política.

Já o pensamento romano sobre a corrupção era bastante impregnado da filosofia estoíca de Sêneca e Cícero, segundo a qual o aprimoramento do cidadão ocorre a partir do cumprimento da lei.

Nesta ordem de idéias, o cumprimento dos deveres legais aproxima-se de um exercício sagrado por parte do bom cidadão. As leis são fundamentais para controlar o abuso de poder e a corrupção, visto que não se pode confiar na bondade ou na virtude do cidadão. O aprimoramento do cidadão passa por sua capacidade de cumprir os deveres cívicos expressos nas leis. Assim, há grande dependência do Direito para o exercício das virtudes, denotando uma visão dogmática, mais próxima do pensamento de Platão do que de Aristóteles, o que perdurou até a cristianização do império, quando a corrupção e a filosofia política passaram a adotar a perspectiva do cristianismo<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Fernando Filgueiras, *Corrupção...*, p. 30-81.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 30-33.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 44-52.

Em suma, na visão romana, a honestidade se manifesta pelo respeito às leis e aos costumes. A corrupção, portanto, corresponde à inobservância destes dogmas, motivada principalmente pelo dinheiro e pelo poder<sup>20</sup>.

A Idade Média marca a transposição de uma filosofia da ação para a contemplação. Não há mais a preocupação com a corrupção e nem com a construção de uma engenharia institucional que possibilite alongar a vida da república. Sobretudo por influência de Santo Agostinho, evoca-se a teoria da salvação contra a decadência terrena, marcada pela cobiça e a luxúria. O homem deve contemplar a Deus, como caminho para salvar-se e encontrar seu lugar no mundo celestial. Não mais se discute a natureza humana, mas a condição humana. Instala-se uma apatia dos cidadãos em relação aos negócios do governo. Isso provoca uma mudança conceitual na temática da corrupção, uma vez que o pensamento político fica marcado pelo dogma cristão e pela existência de uma ontologia cindida entre dois mundos.

Essa abstenção das pessoas em relação aos problemas políticos e à corrupção tem sérias conseqüências, pois aumentam os casos de corrupção na medida em que as pessoas relegam a participação política para um plano inferior da sua vida, demonstrando pouca preocupação com as coisas públicas e excessiva preocupação com o bem-estar privado.<sup>21</sup>

Esta postura implicou em gradual absorção da política pela Igreja, marcada por conflitos entre reis e papas. Tomás de Aquino, amparado pelo aristotelismo, tentou fazer a síntese entre o mundo dos homens e o mundo de Deus, de forma a reunir elementos díspares como o império e o papado, o paganismo e a cosmologia cristã. Veio a lume o conceito de *humanidade*, organizado a partir do dualismo entre corpo natural (Estado) e corpo supranatural (Igreja). Neste contexto, os reis assumiram o papel de ministros do Reino de Deus. A temática da corrupção fica atrelada a uma leitura religiosa da natureza. No preceito tomista, a monarquia seria uma forma de governo que não se corrompia, pois a corrupção não poderia atingir o transcendente.

É no período do Renascimento, sobretudo por influência de Maquiavel, que passa a existir a separação mais acentuada entre as coisas da política e o campo da moralidade individual. Adota-se a idéia de que o mundo político tem regras próprias e deve ser avaliado de acordo com elas. Daí a distinção entre corrupção moral e corrupção política, que marcará as concepções políticas modernas e contemporâneas<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 50.

<sup>21</sup> José Antônio Martins, *Corrupção*, p. 83.

<sup>22</sup> Ibid., p. 23.

Nas relações entre a Ética e a Política, esta última passa a ser vista como *ordem normativa autônoma da conduta humana*, pelo ingresso no pensamento político moderno da autonomia da Política em relação à Moral, tendo como consequência a secularização e exaltação do Estado. Rompida a subordinação da Política à Ética, a corrupção instalou-se no Poder.<sup>23</sup>

Os séculos XVII e XVIII assistem ao nascimento da ciência moderna, atrelada a uma concepção naturalizada e sustentada em juízos empíricos, em que ocorre a desvinculação do problema da corrupção do problema moral das virtudes. Marca-se uma separação entre moral e lei. Há uma nova moral política marcada por crescente pluralismo. Volta-se a ansiar por um modelo ideal normativo, em que adquire grande importância a teoria de Montesquieu sobre a separação de poderes. Buscam-se leis positivas que façam a intermediação entre os homens e suas necessidades, distribuindo e organizando o poder para assegurar a paz social e a liberdade, de acordo com costumes e valores presentes na sociedade.

Os juízos morais não estão mais assentados nas virtudes, mas nas necessidades e interesses dos indivíduos. O homem tem desejos e por isso devem ser criados mecanismos de controle sobre a ação individual. A corrupção do governo ocorre quando as instituições políticas não mais conseguem cumprir suas responsabilidades. A harmonia dá lugar à discórdia entre os cidadãos. O governo corrompido distancia-se dos seus princípios, gerando uma situação institucional marcada pela violência e pela usurpação. Neste contexto, a república democrática é corrompida quando as virtudes cívicas dão lugar aos interesses privados. Segundo estes paradigmas, o governo despótico é corrompido por natureza, porque a ausência de leis e virtudes conduz a uma constante discórdia entre os cidadãos e à ausência de liberdade; há uma submissão cega ao medo. O corpo político passa a ser arbitrário. Não há mais moderação dos interesses através de instituições responsáveis por implementar normas coercitivas em um mundo de desiguais<sup>24</sup>.

No pensamento político moderno, o tema da corrupção é inserido no problema da ordenação do modo de produção, segundo as necessidades materiais e concretas do homem. O controle da corrupção encontra-se na presença de um mercado em que se busca a satisfação de necessidades e a moralização de interesses. Neste caso, o alongamento da vida institucional decorre de uma engenharia jurídica que permite a distinção entre interesse público e interesse privado. Assentando o pensamento político moderno em sociedades mercantis, o problema da política desloca-se para a construção de uma ordem legítima com base numa visão funcional

---

<sup>23</sup> Raul Machado Horta, *Improbidade e corrupção*, p. 122.

<sup>24</sup> Fernando Filgueiras, *Corrupção...*, p. 67-79.

do Estado. Há uma semântica distinta daquela do aristotelismo e do republicanismo, pois o tema das virtudes dá lugar à preocupação com a reprodução da ordem através da organização das necessidades em contextos econômicos. Tem-se uma distinção artificial e naturalizada entre o público e o privado. Na lógica dos interesses, é essencial a reprodução de uma ordem sem a dependência de uma virtude moral ou disposição humana, cabendo apenas a criação de uma simpatia com o interesse público, artificialmente estabelecido. Este juízo é externo ao indivíduo, tendo em vista suas necessidades concretas e nenhuma forma de adesão a valores, não necessitando justificação racional<sup>25</sup>.

Todavia, como acentua Fernando Filgueiras, a corrupção não se resume ao aspecto monetário, como tende a ver a abordagem econômica da política e da democracia. Embora seja inegável que ela custa dinheiro, também se expressa como discurso, de forma plástica e flexível, conforme valores e normas pressupostos. A compreensão da legitimidade somente se torna possível através da justificação da ordem política. Da ligação entre juízos morais e consensos normativos derivam mecanismos através dos quais os atores delimitam as fronteiras de corrupção e honestidade do agir do corpo político<sup>26</sup>.

Por isso, a ciência política não pode excluir da análise da corrupção as normas e os valores admitidos num corpo social, pois a despolitização da vida política promove uma persistência das crises em que a corrupção se torna mais visível, já que ela se tornará cada vez mais aparente sem que disso resultem mecanismos efetivos de controle, conduzindo a uma crise da legitimidade da própria democracia. Segundo esta ótica, as conotações morais, ditadas por normas e valores, são partes integrantes de um enunciado sobre probidade ou corrupção de determinada ordem política e social, fornecendo critérios para a noção de *bom governo* e *mau governo*, num dado contexto histórico<sup>27</sup>.

Nos termos deste pensamento, na forma política ou republicana de corrupção, os indivíduos qualificam a ordem política como corrompida a partir de um *consenso republicano* em torno de determinados conteúdos morais estabelecidos na *fundação* (momento original de ordenação da política), quando são especificados os critérios de cidadania, de boa vida e bom governo.

Este momento de fundação da república fornece a base de valores que sustenta a vida institucional, independentemente de qualquer natureza ou paixão dos homens. Destarte, o referencial teórico republicano está assentado no par *fundação* e *virtudes*, que permite operar

---

<sup>25</sup> Fernando Filgueiras, *Corrupção...*, p. 79-81.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 91-93.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 23-26.

a questão da liberdade positiva e a participação ativa dos cidadãos na condução dos negócios públicos. Se a finalidade da fundação de uma república é manter a liberdade, deverá imperar a excelência de agir, segundo os valores aplicados na forma de virtudes públicas, resguardando o corpo político de qualquer ato arbitrário por parte do governante<sup>28</sup>.

Portanto, como afirma Christian Vigouroux<sup>29</sup>, na Administração Pública o princípio absoluto é o de que o agente público deve evitar conflito de interesses, ou seja, escolher ou ser suspeito de escolher seu próprio interesse, direto ou indireto, e não o interesse público ao qual deve servir.

É neste contexto que a corrupção é analisada dos dias modernos, sempre destacando a prevalência do interesse público como norte a ser adotado na conduta administrativa, reputando-se ímproba aquela que não observá-lo.

Ensina José Afonso da Silva<sup>30</sup> que a *probidade administrativa* é uma forma de moralidade administrativa e consiste no dever do funcionário servir a Administração com honestidade, sem se aproveitar dos poderes ou facilidades concedidos pelo exercício da função pública.

Maria Sylvia Zanella Di Prieto<sup>31</sup> leciona que moralidade administrativa e probidade administrativa são expressões relacionadas com a idéia de honestidade, embora destacando que a improbidade como ato ilícito tem sentido mais amplo, abrangendo os atos imorais e os ilegais.

Também Raul Machado Horta<sup>32</sup> diz que improbidade designa desonestidade, a maldade, a perversidade. Equivale ao ímprobo, que conduz ao *improbis administrator*, caracterizando, no serviço público, o administrador desonesto. No Código Penal, a improbidade identifica categoria de crimes como a corrupção, o peculato, o excesso de exação, a prevaricação, o tráfico de influência, o contrabando e a condescendência criminosa.

É como ato em descompasso com a honestidade que se utiliza, aqui, a palavra corrupção. Cogita-se do seu sentido lato, para abranger qualquer tipo de conduta desonesta dos agentes públicos, a se aproximar da idéia de improbidade administrativa.

Não há a intenção de conferir ao termo corrupção o sentido estrito que lhe confere o Direito Penal ao tipificar a conduta de solicitação ou recebimento de vantagem indevida em razão da função pública (art. 317 do Código Penal).

---

<sup>28</sup> Fernando Filgueiras, *Corrupção...*, p. 108-109.

<sup>29</sup> *Déontologie des fonctions publiques*, p. 86.

<sup>30</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 649.

<sup>31</sup> *Direito administrativo*, p. 763-765.

<sup>32</sup> *Improbidade e corrupção*, p. 121.

Portanto, utiliza-se a palavra corrupção como sinônimo ou expressão que guarda significado muito próximo de improbidade administrativa.

## 1.2 Teorias modernas da corrupção

A corrupção sempre suscitou toda ordem de controvérsias, havendo até mesmo aquelas correntes que identificam neste fenômeno aspectos positivos para o crescimento de países em desenvolvimento.

Sobre este tema, Rita de Cássia Aparecida BIASON<sup>33</sup> anota que a corrupção vem sendo objeto de estudos por cientistas políticos, economistas e administradores desde a década de 1950, podendo ser catalogadas quatro correntes de estudiosos: *tradicionalista*, *funcionalista*, *evolucionista* e *ético-reformista*.

Diz a citada autora que a *corrente tradicionalista*, surgida nos anos 50, classificava a corrupção em termos de moral e de desvios de comportamento. O fenômeno era tratado de maneira isolada e preconizava reformas que eliminassem do serviço público os funcionários indesejáveis. Não eram considerados o contexto, as raízes históricas e as relações econômicas em que a corrupção se manifestava.

Nos anos 60, despontou a polêmica *corrente funcionalista*, que se opunha à perspectiva moralista e entendia que a corrupção poderia trazer benefícios às sociedades subdesenvolvidas, pois acreditava que estas sociedades funcionavam graças às políticas generalizadas de arranjos entre agentes. Nesta perspectiva, uma dose de corrupção serviria como *lubrificante necessário para fazer girar as rodas enferrujadas* de sociedades em que eram tradicionais o patrimonialismo, o clientelismo e o nepotismo, sendo inútil erradicá-la.

Segundo BIASON, esta corrente funcionalista acreditava que o suborno de um funcionário público poderia permitir sua complementação de renda, evitaria a evasão de servidores talentosos e aumentaria a atividade econômica.

A *corrente evolucionista* veio à tona nos anos 70, ainda sob influência dos funcionalistas, preocupada com as mudanças socioeconômicas e suas respectivas causas.

Esta corrente colaborou para um melhor entendimento da corrupção, ao distinguir os diversos seguimentos do governo, seus diferentes códigos de conduta profissional e sua maior ou menor autonomia em relação a outros grupos sociais. Não acreditavam que a

---

<sup>33</sup> *Corrupção e relações internacionais*, p. 149-152.

profissionalização do serviço público fosse capaz de proteger os cidadãos da corrupção institucionalizada.

Nos anos 80, surgiu a *corrente ético-reformista*, que cuidou de fazer uma análise sistêmica da corrupção, examinando a expansão da atividade econômica do Estado nos países em desenvolvimento e dos privilégios por ele concedidos. Conclui que os privilégios não seriam suficientes para satisfazer aos interessados, resultando numa corrupção ainda mais ativa. Esta corrente acredita que não é possível perpetuar as práticas do nepotismo, clientelismo e patrimonialismo em nenhuma sociedade e que a corrupção sistêmica acontece por desrespeito às leis, transformado em regra de conduta, em detrimento do comportamento lícito.

### 1.3 Conseqüências da corrupção

É inegável que o fenômeno da corrupção deteriora e prejudica um país de diversas formas, não havendo mais como sustentar teorias que um dia chegaram a cogitar de benefícios colaterais que a corrupção poderia gerar.

Bem anota Rubem Barboza Filho<sup>34</sup> que a corrupção produz várias conseqüências nefastas, pois ofende os direitos humanos, sacrifica a soberania popular, impede a justiça social, condena a racionalidade econômica e corrói as possibilidades de formas democráticas de vida.

A primeira vítima da corrupção é a própria democracia, cujo sustentáculo está no pluralismo e na transparência.

Observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>35</sup> que a corrupção, numa democracia, desfigura o regime e desmoraliza o Poder, além de ser um fator de ineficiência. Por isso, pode facilmente levar à perda da legitimidade do regime.

Em sentido parecido, observam Fátima Anastásia e Luciana Santana<sup>36</sup> que uma vez instalada a corrupção na ordem política, pode ser acionado o gatilho de um círculo vicioso que alimenta o *déficit de democracia*, redundando na corrupção desta ordem e em sua decadência. Assim, além dos danos de natureza econômica, a corrupção tem conseqüências devastadoras na dinâmica política das sociedades democráticas, acarretando a corrosão da

---

<sup>34</sup> *Judiciário*, p. 535.

<sup>35</sup> *A democracia no limiar do século XXI*, p. 88.

<sup>36</sup> *Sistema político*, p. 365 -366.

obediência política e alimentando a substituição do *civismo* pelo *cinismo*. Promove, ainda, a erosão das bases da confiança e dos fundamentos da participação democrática, afastando a ordem política da consecução do interesse público.

O desenvolvimento nacional também sofre sistematicamente com os males da corrupção, não apenas em razão da apropriação dos recursos oficiais pelos governantes e agentes públicos, mas também pela canalização destes recursos em gastos que não seriam feitos se a decisão sobre isso fosse técnica e racional.

Exemplo disso é a conclusão de Fernando José Lira, o qual, servindo-se de dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), demonstra que as regiões menos corruptas são mais desenvolvidas e apresentam trabalhos com rendas maiores. Aponta elevada vantagem da Região Sul em relação à Região Nordeste, nas pesquisas realizadas entre 1997 e 2002<sup>37</sup>.

Na mesma direção, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos Rocha<sup>38</sup> assinala os seguintes efeitos da corrupção: a) redução de investimentos externos no país; b) o desperdício e a ineficiência na distribuição de recursos públicos; c) o comprometimento dos recursos naturais em escala indesejada; d) a redução do nível de crescimento do país; e) o comprometimento da democracia; e) a redução da capacidade de governança.

Afirma a citada autora que o investidor honesto deixa de manter relações comerciais com os Estados onde a máquina burocrática funciona de maneira corrompida, daí a diminuição dos investimentos externos.

O desperdício e a ineficiência são causados pela irregularidade na alocação de recursos disponíveis, provocando defeitos discriminatórios nos serviços públicos e comprometendo a qualidade de vida da população.

Por sua vez, os recursos naturais são comprometidos por causa da escassez de investimentos públicos em áreas da ciência e tecnologia, o que induz o Estado a usar e abusar dos recursos naturais disponíveis no meio ambiente como forma de atender às suas necessidades econômicas.

Finalmente, sublinha que o desvio de recursos compromete o nível de crescimento do país porque eles são direcionados à satisfação de interesses individuais de quem os capturou e não do desenvolvimento social, como seria de se esperar, de forma a se constituir numa das causas de miséria do povo.

---

<sup>37</sup> *Corrupção e pobreza no Brasil*, p. 21-28.

<sup>38</sup> *Corrupção na era da globalização*, p. 91-93.

Pino Arlacchi, citado por Maria Madeleine H. de Paula Lima<sup>39</sup>, observa que a corrupção afasta os investimentos estrangeiros e as ajudas internacionais de desenvolvimento, pois é mais sábio investir em países com mais transparência, bancos independentes e bem controlados e sistemas judiciais seguros.

Bem se vê que o combate à corrupção deve ser prioridade em qualquer país, principalmente os que estão em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

#### **1.4 Gestões internacionais contra a corrupção**

Numa era em que o dinheiro pode percorrer diversos lugares do mundo num curto espaço de tempo, graças à alta tecnologia cibernética, a preocupação com a corrupção tomou âmbito mundial.

Sublinha Larissa L. O. Ramina<sup>40</sup> que, embora a corrupção sempre tenha estado presente no processo histórico, recentemente houve uma preocupação ímpar em relação à matéria, desencadeando reações internacionais nos níveis regional e universal, na medida em que alguns consideram a corrupção, nos dias de hoje, a mais séria ameaça à estabilidade e segurança das sociedades, ao desenvolvimento (político, econômico e social) e aos valores morais e democráticos.

Os esforços para combatê-la são observados em vários países e mesmo em organizações internacionais, governamentais e não-governamentais.

Sintomático disso é que, em 29 de março de 1996, a Sessão Plenária da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, com o propósito de promover entre os Estados-Partes o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, além de promover, facilitar e regular a cooperação entre eles.

Seguindo a mesma trilha, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, em 12 de dezembro de 1996, o Código Internacional de Conduta para Agentes Públicos, adotando como princípios gerais a atuação segundo o interesse público, de forma eficiente, com integridade, educação e imparcialidade.

---

<sup>39</sup> *A corrupção, importante obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*, p. 1.323.

<sup>40</sup> *Ação internacional contra a corrupção*, p. 21.

Em 16 de dezembro, ainda em 1996, o mesmo órgão adotou sua Declaração contra a Corrupção e a Propina nas Transações Comerciais Internacionais (*United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions*).

Em maio de 1997, o Conselho Econômico e Social da ONU, por intermédio da Comissão de Prevenção de Crimes e Justiça Criminal, adotou Recomendações para Promoção e Manutenção do Estado de Direito e Boa Governança – Ação Contra a Corrupção e Propina.

Verifica-se, desta maneira, um ingente esforço da ONU para desenvolver regras e mecanismos de combate à corrupção.

Em outro documento sobre ações contra a corrupção e a propina<sup>41</sup>, mais analítico que os anteriormente citados, a ONU sustenta que o problema da corrupção se deve mais às falhas dos sistemas e instituições de um país do que aos seus indivíduos. Nestes termos, considera que as raízes estruturais da corrupção podem ser examinadas sob quatro categorias inter-relacionadas: a) situações de monopólio ou oligopólio; b) uma larga discricionariedade nas mãos de indivíduos ou organizações; c) falta de transparência na gestão pública, que dificulta a capacidade de controle sobre ela; d) assimetrias de ordem legal, administrativa, cultural, econômica ou política, que causam discrepâncias na operação de mercados e conduzem à criação de mercados ilegais que operam melhor com a colusão de autoridades.

Reconhece, ainda, que os processos de globalização e liberalização econômica, nos anos 1990, fizeram aumentar o número e os tipos destas assimetrias, gerando a expectativa de crescimento dos efeitos criminógenos da corrupção, facilitados pela onda de processos de privatização e pelos avanços tecnológicos que tornam mais fácil e rápido o contato entre diferentes países. Tudo sugere que o problema da corrupção tenda a ser maior do que antes.

O documento salienta, ainda, que o momento de democratização e liberalização econômica fomenta fortes atitudes contra discriminações e distorções do mercado causadas pela corrupção. Assim, diminui a tolerância com ela na medida em que um largo número de pessoas se conscientiza da real extensão das suas conseqüências negativas, principalmente nos países em desenvolvimento, onde ela impede os progressos sociais, econômicos e político.

Também destaca que os riscos globais são ainda maiores quando a ligação entre a corrupção e o crime organizado se torna mais clara, havendo vários exemplos recentes de como os relacionamentos ilícitos entre grupos do crime organizado e os agentes públicos têm potencial para causar sérios danos na estrutura sócio-econômica dos Estados. É o que ocorre

---

<sup>41</sup>Disponível em: <<http://www.uncjin.org/Documents/corrupt.htm>>.

com sérias e rentáveis atividades ilícitas relacionadas com esculturas antigas, material nuclear, drogas, estrangeiros ilegais e prostituição.

O documento da ONU acentua, ainda, que a corrupção é uma condição necessária para as operações do crime organizado, havendo o risco da aquisição de poder pelas organizações criminosas, a ponto de minar e destruir instituições, com conseqüências diretas para a Democracia e o Estado de Direito.

Também a Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sediada em Paris e integrada por trinta países (entre outros, Estados Unidos, Reino Unido, França, Austrália, Alemanha, Itália, Japão), apresentou em abril de 1998 seus Princípios da Ética no Serviço Público, como a criação de regras claras sobre padrões éticos, leis específicas sobre o tema, transparência nas decisões administrativas, entre outras.

Caminho semelhante foi trilhado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) ao emitir, em 26 de setembro de 1999, uma declaração de princípios que denominou Código de Boas Práticas de Transparência nas Políticas Monetárias e Financeiras, visando o fortalecimento do sistema monetário e financeiro internacional. Neste código, se definem práticas de transparência aconselháveis para os bancos centrais na aplicação da política monetária para eles e os demais organismos responsáveis pela política financeira.

O Banco Mundial, por meio do seu braço financeiro BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento), em 1992, publicou as Diretrizes para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto, não-obrigatórias, em que chama a atenção dos Estados membros para que se tomassem medidas apropriadas de prevenção e controle da corrupção. Em 1994, publicou relatório chamado *Governança*, no qual identificou sete áreas nas quais a intervenção do Banco ajuda países na luta contra a corrupção.<sup>42</sup>

Em página na Internet<sup>43</sup>, o Banco Mundial identifica a corrupção como um dos grandes obstáculos para o desenvolvimento econômico e social, porque distorce o Estado de Direito e enfraquece as bases institucionais necessárias para o desenvolvimento econômico.

Segundo o Banco, os efeitos da corrupção atingem com maior gravidade a população mais pobre, a qual sofre duramente com o declínio econômico e se torna mais dependente da prestação dos serviços públicos. Além disso, a população mais carente tem menos capacidade de pagar pelos custos associados a propinas, fraudes e apropriação indevida de privilégios econômicos.

---

<sup>42</sup> Larissa L. O. Ramina, *Ação internacional contra a corrupção*, pp. 56-57.

<sup>43</sup> Disponível em: <<http://go.worldbank.org/K6AEEPROC0>>.

Para o Banco, o combate efetivo à corrupção está fundado em cinco elementos-chave: a) aprimoramento do sistema de prestação de contas; b) reforço da participação civil; c) criação de um setor privado competitivo; d) controle institucional do Poder; e) aprimoramento da gestão do setor público.

Entre as Organizações Não-Governamentais, destaca-se o papel da Transparência Internacional<sup>44</sup>, fundada em 1993, que tem como finalidade a luta mundial contra a corrupção.

É da sua publicação o respeitado Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index*), divulgado todos os anos, desde 1995, no qual o Brasil jamais ocupou posição elogiável.

### **1.5 A importância do sistema judicial no combate à corrupção**

Sendo um fenômeno bastante complexo, todos os estudos indicam que a corrupção exige múltiplas maneiras de controle e combate.

Os esquemas de corrupção dependem de um modo de organização institucional que seja permissivo ao uso de recursos públicos para a satisfação de interesses privados. Certos arranjos institucionais produzem ações discricionárias por parte das autoridades políticas, discricionariez essa que incentiva o uso de pagamento de propinas e de suborno, sobretudo com a geração de monopólios no interior da burocracia. Por isso, a ciência política recomenda reformas sociais, no plano político e econômico, visando criar regras fixas para a interação entre os interesses privados e o interesse público, engendrando mecanismos institucionais que impeçam a existência de monopólios e a captura da burocracia estatal por parte de funcionários públicos e de agentes privados<sup>45</sup>.

Patrícia Barcelos Nunes de Mattos Rocha<sup>46</sup> assinala que a corrupção se desenvolve mais em sistemas onde há regras pouco claras e a chance de ser descoberto é pequena porque não há um sistema de prestação de contas ou fiscalização, nem transparência nas informações. Considera que o combate à corrupção se faz em duas frentes: a) através de sistemas de prevenção, incluindo transparência, prestação de contas e fiscalização; b) por meio da responsabilização dos indivíduos envolvidos em corrupção.

---

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://www.transparency.org/>>.

<sup>45</sup> Fernando Filgueiras. *Corrupção...*, p. 17.

<sup>46</sup> *Corrupção na era da globalização*, p. 123.

Também Susan Rose-Ackerman<sup>47</sup> anota que a corrupção na política ocorre na interface dos setores público e privado, em que os esquemas de corrupção dependem do modo como a organização institucional permite o uso de recursos públicos para a satisfação de interesses privados. Nestes esquemas, haverá sempre um arranjo institucional que proporcione grande margem de discricionariedade na atuação das autoridades, por vezes em forma de monopólio no interior da burocracia, criando um ambiente favorável para subornos e propinas.

Para combater a corrupção, o arranjo institucional deve coibir ações que possam resultar em corrupção, através de reformas institucionais, no plano político e econômico, visando criar regras fixas para a interação do interesse público e do interesse privado, sobretudo com a restrição a monopólios e capturas da burocracia estatal por parte de funcionários públicos e agentes privados.

Na visão acima apresentada, as reformas institucionais devem buscar: a) não reforçar o poder da burocracia, de forma a reduzir as oportunidades para o pagamento de subornos e propinas; b) na medida do possível, instituir mecanismos de agregação de vontades particulares em decisões coletivizadas (audiências públicas, orçamentos participativos, plebiscitos, referendos etc.), proporcionando uma ordem estável e produtora de cooperação entre os indivíduos; c) fomentar a atuação do mercado como arena constante de negociação e catalisação dos interesses por parte de agentes econômicos e políticos.

Fernando Filgueiras<sup>48</sup> critica esta visão excessivamente econômica da corrupção como causa natural da ineficiência do estado. Para ele, é necessário considerar os aspectos culturais, sociais e políticos da corrupção, visto que o conceito de *interesse público* tem uma ressonância moral e deve levar em conta também a discussão de valores e normas que organizam a política e a democracia. Somente assim poderia haver a discussão sobre o *bom governo* e a corrupção como patologia política.

A corroborar esta crítica ao reducionismo econômico da corrupção está a afirmação de Rubem Barboza Filho<sup>49</sup>, no sentido de que o próprio movimento de globalização corrói, no Ocidente, o vetusto modelo de tripartição de poderes em que se baseia a autonomia do Judiciário, uma vez que as políticas voltadas para o mercado enfraqueceram a capacidade das instituições políticas para a resolução de problemas sociais, gerando um processo de

---

<sup>47</sup> *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. Apud Fernando Filgueiras, *Corrupção...*, p. 17-20.

<sup>48</sup> *Corrupção...*, p. 20-23.

<sup>49</sup> *Judiciário*, p. 536.

*judicialização da política* e sobrecarregando o Judiciário com a responsabilidade de resolver pela lei estas demandas e conflitos sociais.

Para o citado autor, o combate à corrupção exige mais do que medidas de proteção econômica, havendo a necessidade também de regras que favoreçam o reforço do regime democrático, como o equilíbrio de um regime de governo misto, em que funcione bem o sistema de freios e contrapesos proporcionado pela tripartição de poderes.

Enrique Peruzzotti<sup>50</sup> acentua que um dos valores centrais de uma democracia é a submissão do governo a uma multiplicidade de controles, a fim de assegurar o manejo responsável dos assuntos políticos. Em sua dimensão política, este controle é feito, por excelência, através das eleições. No entanto, sob o ponto de vista legal e constitucional, as formas de controle são os mecanismos institucionais criados para tentar assegurar que as ações dos funcionários públicos estejam relacionadas a marcos legais e constitucionais, como a separação de poderes, a criação de agências de controle especializadas e um sistema de direitos e garantias fundamentais.

Diz o referido autor que a literatura sobre o controle da corrupção tem se pautado no *sistema de controles intra-estatais (horizontais) e mecanismos extra-estatais (verticais)*. Os primeiros são as agências do Estado que funcionam complementarmente entre si (controladorias, tribunais administrativos, Congresso, Poder Judiciário etc). Os mecanismos *verticais*, por seu lado, caracterizados por atores externos ao Estado, funcionam através de uma imprensa independente e da sociedade civil por meio de organizações cidadãs. Menciona, ainda, a participação cívica em novos espaços institucionais, como as audiências públicas.

O mais importante é que em qualquer cenário, conforme reconhece a organização Transparência Internacional no documento *Global Corruption Report 2007*, a luta contra a corrupção depende muito de um sistema judicial efetivo para aplicar as leis nacionais e internacionais contra a corrupção, o que somente pode ser alcançado com a existência de juízes independentes e imparciais. A ausência deste sistema torna a corrupção persistente e difícil de reverter<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> *Accountability*, p. 477-483.

<sup>51</sup> “Transparency International’s *Global Corruption Report* focuses on the judicial system this year for one simple reason: the fight against corruption depends upon it. The expanding arsenal of anti-corruption weapons includes new national and international laws against corruption that rely on fair and impartial judicial systems for enforcement. Where judicial corruption occurs, the damage can be pervasive and extremely difficult to reverse. Judicial corruption undermines citizens’ morale, violates their human rights, harms their job prospects and national development and depletes the quality of governance. A government that functions on behalf of all its citizens requires not only the rule of law, but an independent and effective judiciary to enforce it to the satisfaction of all parties”.

Também para o Banco Mundial<sup>52</sup>, o controle institucional do Poder depende muito da existência de um Poder Judiciário efetivo e independente, porque a corrupção produz efeito devastador no sistema legal, através de distorções na elaboração das leis, nas decisões judiciais e na aplicação do direito, o que leva, no final, à erosão do Estado de Direito.

Por isso, diz que o sistema legal é um dos pilares fundamentais para uma economia de mercado, atuando como árbitro legal em torno da formulação e execução das políticas públicas. Além de julgar casos criminais, os tribunais são responsáveis por proteger os direitos de propriedade, cumprimento de contratos e resolver disputas. A falha no desempenho destes papéis implicará em redução de investimentos ou em obrigar as empresas a adotar meios privados mais custosos para proteção e cumprimento dos contratos. Um sistema legal corrupto terá grande impacto, abalando a credibilidade do Estado e tornando mais difícil a execução de políticas públicas.

Neste contexto, uma atuação independente, eficiente e limpa do Poder Judiciário é fator-chave em qualquer estratégia anticorrupção. Na ausência de independência, o Poder Executivo pode tentar indicar seus partidários para os tribunais ou punir juízes com a diminuição de benefícios ou cargos sem atrativos. Por isso, o sistema político precisa proporcionar a independência do Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Isso se faz através da garantia de independência administrativa e financeira dos juízes, que também devem ter imunidade contra eventuais reclamações baseadas em danos resultantes do exercício da função judicial. Ao mesmo tempo em que devem estar protegidos contra pressões de natureza política ou pública, os juízes também devem prestar contas por sua conduta profissional, com base num código de ética.

Além da independência do Judiciário, o Banco Mundial destaca que leis anticorrupção aparecem como um meio efetivo de estratégia no combate à corrupção. Elas funcionam como meio de deter ações corruptas, processar corruptos e restabelecer um senso de justiça que tem se tornado raro em países com corrupção endêmica.

Em linhas gerais, é isto o que também assinala Rubem Barboza Filho<sup>53</sup>, segundo o qual o Poder Judiciário, para o efetivo combate à corrupção, deve contar com os seguintes atributos: a) autonomia; b) integridade; c) eficácia.

Diz o apontado autor que a *autonomia* é assegurada através de uma série de medidas que garantam a independência dos juízes para resistir às pressões do mundo político e do mercado. A *integridade* seria o resultado de um compromisso real dos juízes com o Direito. A

---

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://go.worldbank.org/K6AEEPROC0>>.

<sup>53</sup> *Judiciário*, p. 536.

*eficácia* seria garantida pela desburocratização dos processos, pela rapidez na decisão, pela transparência do funcionamento geral do Judiciário, pela porosidade às demandas da sociedade, o que resultaria na disseminação de uma cultura de respeito à lei.

Deve-se, ainda, procurar um equilíbrio nesta busca de contenção da corrupção, pois, como observa Fernando Filgueiras, o *excesso de controle* pode produzir efeitos indesejados como a ineficiência da administração, “fazendo com que a busca de integridade mediante a maquinaria anticorrupção e as reformas institucionais resultem, necessariamente, em mais corrupção”.<sup>54</sup>

Os efeitos perniciosos do excesso de controle podem se manifestar inclusive no *controle vertical* realizado pela imprensa, cujo efeito positivo consiste em dar conhecimento à opinião pública dos atos de corrupção e das eventuais tentativas de encobertá-los. Embora esta publicidade funcione como instrumento de cobrança perante juízes e funcionários encarregados de fiscalização, a exagerada repetição dos mesmos fatos ou mesmo a proliferação de escândalos midiáticos pode *anestésiar* a opinião pública ou simplesmente fomentar atitudes de descrença frente às instituições, com conseqüências negativas para a democracia, conforme destaca Enrique Peruzzotti<sup>55</sup>.

## 1.6 O combate à corrupção no direito comparado

O surgimento de leis de combate à improbidade administrativa ou à corrupção é relativamente recente, se comparado a outras áreas do direito.

As primeiras leis anticorrupção tiveram como objeto os processos eleitorais, como aconteceu no Reino Unido, onde foi aprovado em 1854 *The Corrupt Practices Act*, posteriormente modificado por outra lei de 1883.

Também para combater a corrupção eleitoral foi aprovado nos Estados Unidos, em 25 de junho de 1910, o *Federal Corrupt Practices Act*, que regulava a abertura dos gastos das campanhas eleitorais. Sofreu modificações em 1911 e 1925. Vigorou até 1971, quando foi revogado pelo *Federal Election Campaign Act*.

Num passado mais recente, em 1977, o Congresso Norte-Americano aprovou o *Foreign Corrupt Practices Act*, depois modificado em 1988, que torna ilegal a doação de

---

<sup>54</sup> *Corrupção, democracia e legitimidade*, p. 17.

<sup>55</sup> *Accountability*, p. 482.

pessoa norte-americana a qualquer agente público de país estrangeiro com a finalidade de obter ou manter negócios.

Ainda nos EUA, em 1978, foi aprovado o *Ethics in Government Act*, atualmente compilado nas Seções 501 a 505 do Apêndice do Título V do *US CODE*. Esta lei cuida mais especificamente da conduta dos funcionários federais na vida funcional, estabelecendo regras para declaração de rendas e de bens nas campanhas eleitorais e no momento de assumir cargo público federal, bem como fixando restrições para o recebimento de rendas durante o exercício da função.

Na Inglaterra, um importante marco foi o comitê presidido por Lord Michael Nolan, sob os auspícios do então Primeiro-Ministro John Major, que apresentou, em 1995, o chamado *Nolan Report*, consistente num enunciado de sete princípios a serem seguidos na conduta dos servidores públicos na atuação pública: primado do interesse público, integridade, impessoalidade, prestação de contas, transparência, honestidade e bom exemplo.

Em França, foi aprovada, em 29 de janeiro de 1993, a Lei n. 122, que cuida da prevenção da corrupção e exige transparência na vida econômica e nos procedimentos públicos. Esta lei é regulamentada pelo Decreto 232, de 22 de fevereiro de 1993, e pelo Decreto 225, de 1º de março de 1995.

No caso, a Lei 122/93 cria o Serviço de Prevenção da Corrupção, subordinado ao Ministro da Justiça, e centraliza neste órgão as informações necessárias para detectar e prevenir os atos de corrupção e tráfico de influência. Seu conteúdo é ocupado por disposições sobre campanhas eleitorais (Título I) e transparência nas atividades econômicas (Título II). Cumpre observar que vários dispositivos desta lei sofreram modificações nos últimos anos, inclusive por força do Código Eleitoral Francês.

O sistema francês de combate à corrupção enfrenta problemas em sua efetividade, pois detém certas características que dificultam essa tarefa, sobretudo a grande concentração do poder político nas mãos do Executivo, conforme acentua Fernando Arrau Carrasco<sup>56</sup>.

A Espanha, segundo Fernando Arrau Carrasco<sup>57</sup>, não tem lei que defina especificamente a corrupção praticada por funcionários públicos, fazendo-o através da tipificação de diversos delitos no Código Penal espanhol de 1995, cujos art. 419 a 427 tratam do crime de corrupção, enquanto os art. 428 a 431 cuidam do tráfico de influência. Os art. 432 a 435 tipificam os crimes contra os fundos públicos. Outros artigos ainda versam mais delitos contra a Administração Pública.

---

<sup>56</sup> Carrasco, *Control de la corrupción en el derecho comparado...*, p. 18.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 14.

No México, está em vigor, desde 13 de março de 2002, a Lei Federal de Responsabilidades Administrativas dos Servidores Públicos. Além dela, também vigoram naquele país outras leis que contribuem para o combate à corrupção e à improbidade administrativa, merecendo menção a Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação Pública Governamental, de 11 de junho de 2002, e a Lei para a Transparência e Ordenamento dos Serviços Financeiros, de 15 de junho de 2007.

Cabe sublinhar que a Lei Federal de Responsabilidades administrativas dos Servidores Públicos, em seu art. 11<sup>58</sup>, dispõe que serão estabelecidos pelas autoridades competentes os órgãos e sistemas para identificar, investigar e punir os atos de improbidade. Se a conduta implicar responsabilidade penal, deve ser comunicada ao Ministério Público (art. 19).

Entre os nossos vizinhos sul-americanos, a Argentina aprovou a Lei 25.188, de 29 de setembro de 1999, denominada *Ley de Ética de La Función Publica*, que estabeleceu deveres e pautas de comportamento ético para os agentes públicos do âmbito federal, sujeitos à fiscalização da Comissão Nacional de Ética Pública.

No caso de desvio funcional, o agente público estará sujeito às punições administrativas previstas no regime próprio de sua função (art. 3º) e também às sanções criminais aplicáveis através de persecução penal (art. 21).

São ainda órgãos de fiscalização da ética pública na República Argentina as seguintes entidades: *Oficina Anticorrupción, Fiscalía de Investigaciones Administrativas, Unidad de Información Financiera, Sindicatura General de La Nación e Auditoria General de La Nación*.

De acordo com Fernando Arrau Carrasco<sup>59</sup>, os países que apresentam os mais baixos índices de corrupção são aqueles que dispõem de leis que garantem o acesso às informações públicas, enquanto os que têm os piores índices ressentem-se da falta de uma lei desta natureza. No caso, ele ressalta que a Argentina ainda não conta com uma lei que garanta o acesso às informações públicas, o que prejudica o combate à corrupção naquele país.

Em 03 de dezembro de 1999, também o Chile promulgou a Lei 19.653 sobre probidade administrativa aplicável aos órgãos de administração do Estado, que consistiu, na verdade, em várias alterações e acréscimos nas Leis 18.575, 18.695, 18.834, 18.883 e 19.175,

---

<sup>58</sup> “**ARTICULO 11.-** Las autoridades a que se refieren las fracciones I, II y IV a X del artículo 3, conforme a la legislación respectiva, y por lo que hace a su competencia, establecerán los órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 8, así como para imponer las sanciones previstas en el presente Capítulo”.

<sup>59</sup> *Control de la corrupción en el derecho comparado...*, p. 4.

que dizem respeito a diversos regimes legais administrativos, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O art. 54 da Lei 18.575, com nova redação conferida pela Lei 19.653, prevê que os princípios da probidade administrativa se aplicam às autoridades da Administração do Estado e que sua inobservância acarretará as responsabilidades e sanções que determinam a Constituição e as leis.

Esta breve análise do direito comparado demonstra que as condutas de improbidade administrativa, mesmo quando disciplinadas em normas específicas, recebem punições de ordem administrativa e criminal. Não há uma ação de natureza civil que tenha o objetivo específico de buscar o ressarcimento e a punição de atos ímprobos.

Uma pequena exceção a isso, nos Estados Unidos, é a previsão contida no *Ethics in Government Act* (Seção 504 do Apêndice ao Título V do *US CODE*) no sentido de que o Procurador Geral poderá intentar ação civil contra o agente público que obtiver alguma vantagem financeira com a conduta proibida pela lei<sup>60</sup>.

Temos a constatação, portanto, de que o direito brasileiro, através da Lei 8.429/92, assume posição de vanguarda no cenário mundial ao permitir que os atos de improbidade sejam punidos por meio de ação judicial específica, de caráter civil, independentemente de sanções administrativas e penais concorrentes.

## 1.7 O combate à corrupção no Brasil

O combate à corrupção ou à improbidade está inserido no amplo contexto do controle da administração pública, que se faz de maneiras múltiplas, para que não desgarre dos seus objetivos e se mantenha dentro das balizas legais, em prol do interesse público.<sup>61</sup>

Neste diapasão, ressalta Bandeira de Mello<sup>62</sup> que a Administração Pública (direta, indireta ou fundacional) está sujeita a um controle interno e externo. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração. Externo aquele realizado por órgãos que lhe são alheios.

---

<sup>60</sup> “(a) **Civil Action.**— The Attorney General may bring a civil action in any appropriate United States district court against any individual who violates any provision of section 501 or 502. The court in which such action is brought may assess against such individual a civil penalty of not more than \$10,000 or the amount of compensation, if any, which the individual received for the prohibited conduct, whichever is greater”.

<sup>61</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 919.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 921.

O referido autor aponta que o *controle externo* compreende o controle parlamentar direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas (em auxílio ao Poder Legislativo) e o controle jurisdicional.<sup>63</sup>

Destacando vários critérios de classificação das espécies de controle da Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>64</sup> também menciona o controle interno e externo, sendo o primeiro realizado por cada um dos Poderes sobre os seus próprios atos e agentes, em atendimento ao disposto nos art. 70 a 74 da Constituição Federal. Externo seria o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro, assim como o da Administração Direta sobre a Indireta.

Hely Lopes Meirelles<sup>65</sup> também admite a classificação do controle sobre a Administração Pública em interno e externo, destacando que controle interno é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração. Externo é o que se realiza por um Poder ou órgão constitucional funcionalmente independente sobre a atividade administrativa de outro Poder, estranho à Administração responsável pelo ato controlado.

Verifica-se que o controle jurisdicional da administração pública consiste em controle externo, que decorre da adoção, em nosso sistema constitucional, da *jurisdição una*, que reconhece ao Poder Judiciário a capacidade de decidir, com força definitiva, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação controvertida, com supedâneo no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, como judiciosamente observa Bandeira de Mello.<sup>66</sup>

Este controle judicial pode ser feito de diversas formas, que podem resultar em sanções de natureza administrativa, penal e civil.

Sanções de natureza administrativa podem decorrer de ações em que haja impugnação de atos da administração, ajuizadas pelos interessados, destacadamente através do mandado de segurança, individual ou coletivo, que goza do status de garantia constitucional (incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição) e atualmente é regulado pela Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Este controle também pode ser exercido por meio de ação popular, intentada por cidadão na defesa do patrimônio público, nos termos da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

---

<sup>63</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 924.

<sup>64</sup> *Direito administrativo*, p. 692.

<sup>65</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 674-675.

<sup>66</sup> *Ob. cit.*, p. 930-931.

Pode, ainda, ser objeto de ação civil pública, cuja disciplina é realizada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

O controle judicial também pode ser feito através de ações penais, que visem a aplicação de penas por crimes cometidos no exercício de função pública ou em razão dela, destacando-se os crimes contra a Administração Pública previstos no Título XI do Código Penal vigente (Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940), tipificados como Peculato, Concussão e Corrupção, entre vários outros.

O combate específico à improbidade na Administração Pública foi inaugurado com o Decreto-lei 3.240, de 08 de maio de 1941, que regula o seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública.

Cuida-se de medida acautelatória de ação penal, como forma de garantir a reparação no caso de condenação do réu por crimes dos quais tenha resultado prejuízo para a Fazenda Pública.

Em ordem cronológica, a Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, passou a regular o processo e a definir os crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estado. Não exclui o processo e julgamento daquelas autoridades por crime comum, na justiça ordinária (art. 3º). Entre os crimes de responsabilidade foram definidos aqueles contra a probidade na administração (art. 9º).

Posteriormente, houve o advento da Lei 3.164, de 01 de junho de 1957, de caráter muito restrito, visto que praticamente se reduzia a regular, de forma bastante frugal, o seqüestro e perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, independentemente de seu processo e julgamento por eventual crime. Desta maneira, estabeleceu-se procedimento cautelar com a mesma feição daquele previsto no Decreto-lei 3.240/41, mas desta vez para assegurar a eficácia de sentença a ser proferida em ação de natureza civil.

A Lei 3.502, de 21 de dezembro de 1958, trouxe previsões mais minuciosas e abrangentes do que a Lei 3.164/57, oferecendo definição de *servidor público* e enumerando os casos de *enriquecimento ilícito*, além de dispor sobre a legitimidade para ação de improbidade e de oferecer algumas poucas normas sobre o procedimento a ser adotado na ação.

Cumprir anotar que a Lei 3.164/57 e a Lei 3.502/58 foram revogadas expressamente pela Lei 8.429/92.

O Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, veio para dispor sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. No art. 1º, definiu crimes comuns do Prefeito,

sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário. No art. 4º, os crimes de responsabilidade, sujeitos à sanção de cassação, cujo julgamento é da competência da Câmara de Vereadores do município. No art. 7º, infrações político-administrativas dos vereadores, também sujeito à pena de cassação.

Nos dias atuais, a ação por improbidade administrativa, no Brasil, é disciplinada pela Lei 8.429/92, que lhe deu mais consistência sistemática e maior completude orgânica, ao enumerar os atos de improbidade, discriminar as punições e cuidar de alguns aspectos procedimentais desta ação. Mesmo assim, padece de algumas falhas que prejudicam sua melhor utilização, conforme será discutido no curso deste trabalho.

Ainda podem ser mencionadas as previsões esparsas de punição aos atos de improbidade pela Lei 8.666/93 (Licitações), Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e Lei Complementar 101/2000 (Responsabilidade Fiscal).

## 2 FORO PRIVILEGIADO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 2.1 Definição e fundamentos do foro privilegiado

O foro privilegiado, ou foro especial por prerrogativa de função, tem despertado acalorados debates no Brasil, pois muitos o vêem como um indevido benefício a algumas castas de agentes políticos, que acaba funcionando como um escudo para a impunidade.

Segundo Régis Fernandes de Oliveira<sup>67</sup>, o foro especial por prerrogativa de função é a parcela jurisdicional (competência) que se destina ao processamento e julgamento de determinadas pessoas por determinado juiz ou Corte especificamente previsto na lei ou na constituição.

O estudo do foro privilegiado não pode prescindir da identificação de sua origem e evolução histórica, pois é instituto diretamente relacionado com a política constitucional do Estado e somente pode ser bem compreendido se estiver inserido nos finalidades estatais.

Bem se vê que o foro privilegiado pode assumir o caráter de privilégio odioso de uma casta de pessoas ou de instrumento de garantia do melhor funcionamento das instituições públicas. Tudo depende das circunstâncias e dos fundamentos da sua existência, o que torna imprescindível o concurso da Teoria do Estado para verificar se este instrumento constitucional é adotado de acordo com os valores, princípios e fundamentos de uma dada Constituição.

Por isso, não se pode interpretar da mesma maneira o foro privilegiado na Constituição Imperial de 1824 e na Constituição Federal de 1988. Naquela ordem institucional, vivia-se um regime monárquico, em que a figura do Imperador era tida como inviolável e insuscetível de qualquer tipo de responsabilização, prevalecendo a máxima *The king can do no wrong*.

As diferenças sociais eram institucionalizadas. A escravidão era vista com naturalidade para os padrões da época. O mesmo ocorria com o voto censitário e exclusivamente masculino. Neste contexto sócio-político, era muito natural que algumas pessoas tivessem foro privilegiado, sendo que até mesmo os membros da Família Imperial tinham foro especial no Senado Federal (inciso I do art. 47 da Constituição de 1824).

---

<sup>67</sup> *Foro privilegiado no Brasil*, p. 117.

Entretanto, grandes transformações ocorreram desde então e não podem ser ignoradas. A sociedade atual tem feição muito diferente. Os valores e instituições são outros.

A escravidão foi abolida, passou-se a adotar o sufrágio universal e o princípio da igualdade tornou-se um dos alicerces das modernas sociedades ocidentais, de forma a não se admitir entre as pessoas qualquer discriminação em razão de raça, sexo ou religião. A igualdade deve ser a regra. Qualquer tratamento diferenciado entre as pessoas deve ser racionalmente justificado.

Bem ressalta José Afonso da Silva<sup>68</sup> que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções que num regime simplesmente liberal seriam facilmente acomodadas.

Não é por outro fundamento que a Constituição Federal de 1988 adota o Estado Democrático de Direito (art. 1º) e tem como um dos seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º).

O foro especial por prerrogativa de função surgiu em tempos de monarquias absolutistas como uma garantia contra medidas arbitrárias do soberano, na forma de imunidades parlamentares na Inglaterra, previstas no *Bill of Rights* de 1688, para garantir a liberdade de opinião (*freedom of speech*) e imunidade à prisão arbitrária (*freedom from arrest*). No primeiro caso, cuidou-se de imunidade material. No outro, de imunidade formal. Tais garantias sofreram mudanças no decorrer dos tempos, tornando-se mais restritas, na medida em que o Poder Judiciário inglês não mais necessita de autorização para determinar a prisão de parlamentar em caso de ilícito penal, cumprindo-lhe apenas informar a prisão ao Parlamento<sup>69</sup>.

## 2.2 Foro privilegiado no direito comparado

Vários são os países que, de alguma forma, reconhecem imunidades e garantias processuais a seus agentes políticos.

Nos Estados Unidos da América, contudo, não há previsão na Constituição, ou em suas 27 emendas, de foro privilegiado para qualquer autoridade.

A Constituição norte-americana apenas prevê que os senadores e deputados não podem ser presos durante sua participação nos trabalhos das suas respectivas Casas, nem a

---

<sup>68</sup> *Direito constitucional positivo*, p. 214.

<sup>69</sup> Regis Fernandes de Oliveira, *Foro privilegiado no Brasil*, p. 110-111.

caminho delas ou no seu retorno, exceto no caso de traição, felonía ou violação da paz. Também não podem ser questionados em nenhum outro lugar por seus discursos ou debates em qualquer Casa (Seção 6 do Artigo I).<sup>70</sup>

Desta maneira, é garantida apenas a imunidade dos parlamentares por suas opiniões no exercício da função, além da proibição de sua prisão durante sua presença nas sessões legislativas.

Na Itália, o Presidente da República, na condição de Chefe de Estado, não pode ser responsabilizado pelos atos praticados no exercício da função, salvo no caso de alta traição ou atentado à Constituição, nos termos do art. 90 da Constituição italiana de 1947, caso em que será acusado pelo Parlamento e julgado pela Corte Constitucional, como manda o respectivo art. 134.

Já o Primeiro Ministro e os Ministros de Estado, que formam o Governo da República, estão sujeitos, por crimes cometidos no exercício das suas funções, à jurisdição dos tribunais comuns, mediante a autorização do Senado ou da Câmara dos Deputados. É o que reza o art. 96 da Constituição italiana.<sup>71</sup>

Quanto aos senadores e deputados, gozam de imunidade conferida pelo art. 68<sup>72</sup> da Constituição por votos e opiniões manifestadas no exercício do mandato. Além disso, não podem ser submetidos à busca pessoal ou domiciliar, nem podem ser presos ou privados de sua liberdade, ou mantidos em custódia, salvo em cumprimento de sentença definitiva ou prisão em flagrante por crime em que é cominada obrigatoriamente a pena de prisão<sup>73</sup>.

Portanto, a Constituição da Itália não estabelece foro privilegiado para parlamentares, Primeiro Ministro e Ministros de Estado, embora lhes outorgue garantias processuais, através da exigência de prévia autorização para que sejam processados nos tribunais ordinários.

---

<sup>70</sup> “The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place”.

<sup>71</sup> “Il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell’esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale”.

<sup>72</sup> Com a redação da Lei Constitucional de 29 de outubro de 1993.

<sup>73</sup> “I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni. Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell’atto di commettere un delitto per il quale è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza”.

Na Alemanha, onde se adota o sistema unicameral, é garantida aos deputados a imunidade por seus votos ou manifestações no Parlamento, menos para insultos difamatórios, nos termos do inciso 01 do art. 46 da Constituição de 1949<sup>74</sup>.

Também são previstas garantias processuais pelos incisos 02, 03 e 04 do art. 46, onde se prevê que um deputado não pode ser preso, processado ou sofrer qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal, salvo no caso de autorização do Parlamento. Caso haja prisão em flagrante ou instauração de processo, deve ser imediatamente suspensa se houver pedido neste sentido do Parlamento.

Por previsão do inciso 04 do art. 60 da Constituição da Alemanha, as mesmas garantias de natureza processual, acima declinadas, são aplicáveis ao Presidente da República<sup>75</sup>.

Constata-se, portanto, que a Constituição da Alemanha não prevê foro privilegiado para o Presidente da República ou qualquer outra autoridade, embora lhes conceda garantias processuais.

Na França, também há necessidade de distinguir as situações do Presidente da República, do Primeiro Ministro, dos Ministros e parlamentares.

A Constituição de 1958 garante que nenhum membro do Parlamento (Senado e Assembléia Nacional) poderá ser processado, perseguido, detido, preso ou julgado por opiniões ou votos que haja emitido no exercício das suas funções. Em matéria criminal, nenhum deles será processado, preso ou julgado sem autorização da Mesa da Casa da qual fizer parte. Esta autorização, contudo, não será necessária no caso de flagrante delito por crime grave ou condenação definitiva (art. 26).

Pelo que se vê, há garantias materiais e processuais para os parlamentares, mas não foro privilegiado.

Quanto ao Presidente da República, não será responsável pelos atos praticados nesta qualidade, visto que não exerce atos de governo. Também não poderá, durante seu mandato e ante nenhuma jurisdição ou autoridade francesa, ser requerido para testemunhar nem ser objeto de ação ou ato de informação, instrução ou acusação. Caso em que ficarão suspensos todos os prazos de prescrição ou preclusão (art. 67).

---

<sup>74</sup> „(1) Ein Abgeordneter darf zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. <sup>2</sup>Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen“.

<sup>75</sup> „(4) Die Absätze 2 bis 4 des Artikels 46 finden auf den Bundespräsidenten entsprechende Anwendung“.

O Presidente da República só poderá ser destituído no caso de descumprimento dos seus deveres manifestamente incompatível com o exercício do seu mandato. A destituição será acordada pelo Parlamento, constituído em Alto Tribunal de Justiça, conforme regulado em lei orgânica própria (art. 68).

Portanto, o Presidente da República tem imunidade pessoal enquanto estiver no exercício do cargo, salvo no caso de destituição por grave descumprimento dos seus deveres, quando terá foro privilegiado no Alto Tribunal de Justiça.

Já os membros do Governo (Primeiro Ministro e Ministros) serão responsáveis penalmente pelos atos cometidos no exercício de suas funções e tipificados como delito no momento que os cometeram, caso em que serão julgados pelo Tribunal de Justiça da República (art. 68-1) <sup>76</sup>, composto de doze parlamentares e três magistrados do Tribunal de Cassação, um dos quais presidirá o Tribunal de Justiça da República (art. 68-2) <sup>77</sup>.

Assim, caso sofram acusação criminal, Primeiro Ministro e Ministros também terão foro privilegiado no Tribunal de Justiça da República.

Em Portugal, que também adota o sistema unicameral (Assembleia da República), a Constituição de 1976 prevê regras específicas para o Presidente da República, Primeiro-Ministro, Ministros e parlamentares.

Mas, destaca que os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas ações e omissões que pratiquem no exercício das suas funções (art. 117º, inciso 1), o mesmo ocorrendo com os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas (art. 271º, inciso 1).

Os deputados portugueses terão imunidades civis, criminais e disciplinares pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das funções. Também não podem ser argüidos, detidos ou presos sem autorização da Assembleia da República, salvo no caso de prisão em flagrante por crime doloso cujo pena de prisão máxima seja superior a três anos (art. 157º, incisos 1, 2 e 3).

Quanto ao Presidente da República, responde perante o Supremo Tribunal de Justiça por crimes praticados no exercício da função, cabendo a iniciativa do processo à Assembleia

---

<sup>76</sup> Art. 68-1. Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République. La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi.

<sup>77</sup> Art. 68-2. La Cour de justice de la République comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République.

da República (art. 130º, incisos 1 e 2). Por crimes estranhos ao exercício das suas funções, responde somente depois de findo o mandato, perante os tribunais comuns (art. 130º, inciso 4).

Portanto, haverá foro privilegiado para o Presidente da República somente no tocante aos crimes de responsabilidade e imunidade processual em relação aos crimes comuns enquanto estiver no exercício do mandato.

Os membros de governo (Primeiro-Ministro e Ministros) também não podem ser detidos ou presos sem autorização da Assembléia da República, salvo por flagrante de crime doloso com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos (art. 196º, inciso 1) <sup>78</sup>.

Entretanto, não há na Constituição de Portugal proibição de abertura de processo criminal contra parlamentares ou membros de governo, tampouco garantia de foro privilegiado.

Na Espanha, a Constituição de 1978 estabelece situações distintas para o Rei, o Presidente de Governo (Primeiro-Ministro), Ministros e os deputados e senadores.

A pessoa do Rei é inviolável e não está sujeita a responsabilidade (inciso 03 do art. 56). No entanto, para serem válidos, os seus atos devem estar sempre referendados pelo Presidente ou outra autoridade, que se tornará responsável pelo ato referendado (inciso 02 do art. 64).

Os deputados e senadores têm imunidade material em relação às opiniões manifestadas no exercício de suas funções e durante o exercício do mandato só podem ser detidos em caso de flagrante delito, não podendo ser indiciados ou processados sem prévia autorização da Câmara respectiva. Em caso de processo, deputados e senadores devem ser julgados pela seção penal do Tribunal Supremo (incisos 01, 02 e 03 do art. 71 da Constituição).

A responsabilidade criminal do Primeiro-Ministro e dos demais membros do Governo também será exigível perante a Seção Penal do Tribunal Supremo (inciso 01 do art. 102; art. 57.1.2º da Lei Orgânica do Poder Judicial) <sup>79</sup>.

Verifica-se que a Constituição da Espanha reconhece o foro privilegiado para os senadores, deputados, primeiro-ministro e ministros de Estado, mas somente em matéria penal, segundo a inteligência dos citados dispositivos.

---

<sup>78</sup>“Art. 196º.1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembléia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito”.

<sup>79</sup>“Art. 102.1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

Diante do que ficou anotado, constata-se que, nos países com maior tradição jurídica no Ocidente, todos reconhecem a imunidade parlamentar pelos votos e opiniões manifestadas no exercício da função, mas, com exceção da Espanha, nenhum deles reconhece foro especial aos parlamentares, limitando-se, alguns, a prever garantias de natureza processual, como a prévia autorização do Parlamento para que sejam processados.

Neste ponto, é destoante a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o foro especial também aos parlamentares, os quais devem ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal, tanto por crimes comuns como de responsabilidade (art. 102, I, “b”).

No tocante aos chefes de estado, a Espanha não atribui qualquer responsabilidade ao Rei pelos atos que pratique, devendo responder somente a autoridade que referende estes atos, como é o caso do Primeiro-Ministro.

França, Portugal e Itália admitem que seus Presidentes respondam apenas por crimes de responsabilidade, hipótese em que terão foro privilegiado, conforme a previsão das respectivas constituições.

Em relação a chefes de governo e seus auxiliares diretos, os EUA e a Alemanha não conferem foro especial aos seus Presidentes, da mesma forma que Portugal e Itália não o fazem em relação aos seus respectivos Primeiros-Ministros e Ministros.

Somente França e Espanha atribuem foro privilegiado aos seus Primeiros-Ministros e Ministros, mas somente em ações de natureza criminal, não havendo notícia de que estes agentes políticos teriam privilégio semelhante em ações de natureza civil.

A conclusão mais importante a se extrair da experiência do direito constitucional comparado é que a maioria dos países, ao menos dentre aqueles de maior tradição jurídica no mundo ocidental, não concede foro privilegiado a chefes de governo e ministros, nem mesmo nos casos de crimes comuns ou de responsabilidade.

O mesmo se observa em relação aos parlamentares, aos quais normalmente só se garante a imunidade por palavras e votos emitidos no exercício da função, exceção feita ao regime constitucional da Espanha.

Pode-se aferir, nestes termos, uma clara tendência em dispensar tratamento igualitário a todos os cidadãos, incluindo os que exercem funções públicas, salvo naquelas pouquíssimas hipóteses em que a estabilidade institucional recomenda tratamento diferenciado ao governante, enquanto ele estiver no exercício da função.

Com base nestes dados, pode-se elaborar a seguinte tabela sobre o foro privilegiado no direito comparado:

## FORO PRIVILEGIADO NO DIREITO COMPARADO

<b>País</b>	<b>Chefe de Estado</b>	<b>Chefe de Governo</b>	<b>Ministros</b>	<b>Parlamentares</b>	<b>Imunidade Parlamentar</b>
<b>EUA</b>	Não concede privilégio de foro	<b>Não</b>	<b>Não</b>	<b>Não</b>	Sim
<b>ITÁLIA</b>	Somente nos crimes de responsabilidade	<b>Não</b>	<b>Não</b>	<b>Não</b>	Sim
<b>ALEMANHA</b>	Não concede privilégio de foro	<b>Não</b>	<b>Não</b>	<b>Não</b>	Sim
<b>FRANÇA</b>	Somente nos crimes de responsabilidade	Sim	Sim	<b>Não</b>	Sim
<b>PORTUGAL</b>	Somente nos crimes de responsabilidade	<b>Não</b>	<b>Não</b>	<b>Não</b>	Sim
<b>ESPAÑA</b>	Constitucionalmente irresponsável (Rei)	Sim	Sim	Sim	Sim

## 2.3 Foro privilegiado nas constituições brasileiras

### 2.3.1 Constituição de 1824

A Constituição Imperial de 1824, no inciso XVII do art. 179, previa que não haveria foro privilegiado nas causas cíveis e criminais, à exceção daquelas que por sua natureza pertencessem a júzos particulares.

A pessoa do imperador era inviolável e sagrada, não estando ele sujeito a responsabilidade alguma (art. 99). Em razão desta imunidade pessoal, era dispensada qualquer regra sobre competência de foro para processá-lo.

Tinham foro especial no Senado Federal, por delitos individuais, os membros da Família Imperial, os Ministros de Estado, os Conselheiros de Estado, os senadores e os deputados durante o período da legislatura (inciso I do art. 47). Quanto aos Ministros de Estado e Conselheiros de Estado, era necessário que a Câmara Federal reconhecesse a pertinência da acusação (art. 38).

Ao Senado também competia julgar os crimes de responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado (inciso II do art. 47).

Tinham foro privilegiado no Supremo Tribunal de Justiça, pelos delitos cometidos, os seus próprios Ministros, os Ministros dos Tribunais das Relações (tribunais das províncias), os empregados do Corpo Diplomático e os Governadores das Províncias (inciso II do art. 164).

### **2.3.2 Constituição de 1891**

A Constituição Republicana continuou a vedar o foro privilegiado, em termos semelhantes à Constituição de 1824, visto que também previa que, à exceção das causas que, por sua natureza, pertencessem a juízos especiais, não haveria foro privilegiado (§ 23 do art. 72).

Uma exceção a isso era o foro especial nos delitos militares, conforme o *caput* do art. 77.

Os Ministros de Estado também tinham foro privilegiado nos crimes comuns e de responsabilidade, pois eram processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos crimes conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste (§ 2º do art. 52 e art. 59, I, “a”).

O Presidente da República, por sua vez, seria processado pelo Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade. Em qualquer caso, era necessária prévia autorização da Câmara Federal para que houvesse o processo (art. 53).

Os deputados e senadores não tinham foro privilegiado, mas somente poderiam ser presos ou processados criminalmente mediante prévia licença da Casa a que pertenciam, ressalvada a prisão em flagrante por crime inafiançável (art. 20).

### **2.3.3 Constituição de 1934**

Os deputados eram invioláveis por opinião, palavras e votos no exercício da função e somente poderiam ser processados criminalmente mediante prévia licença da Câmara (art. 31 e 32). A inviolabilidade era igualmente garantida aos senadores (§ 2º do art. 89). No entanto, não era concedido foro especial aos parlamentares.

O Presidente da República deveria ser julgado e processado, nos crimes comuns, pela Corte Suprema. Nos crimes de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que teria como presidente o da referida Corte. Este tribunal seria formado por nove juizes, sendo três Ministros da Suprema Corte, três membros do Senado Federal e outros três da Câmara dos Deputados. O Presidente tinha apenas voto de qualidade. Tudo nos termos do art. 58 da Constituição.

Nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Ministros de Estado eram processados e julgados pela Corte Suprema. Nos crimes conexos com os de responsabilidade do Presidente da República, eram julgados pelo Tribunal Especial (§ 1º do art. 61).

Os Ministros da Corte Suprema eram julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo Tribunal Especial previsto no art. 58 (art. 75).

Ainda tinham foro especial na Corte os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61 (art. 76, I, “b”), bem como os juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade (art. 76, I, “c”).

#### **2.3.4 Constituição de 1937**

Durante o prazo em que estivesse funcionando o Parlamento, nenhum dos seus integrantes poderia ser preso ou processado criminalmente, sem prévia licença da respectiva Câmara, ressalvada a prisão em flagrante por crime inafiançável (art. 42).

Pelas opiniões e votos emitidos no exercício da função, os parlamentares somente respondiam perante a respectiva Câmara, não sendo excluída, porém, responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime (art. 43).

Percebe-se que a chamada “Constituição Polaca” concedia imunidade bastante restrita aos parlamentares, denotando claramente o seu viés autoritário, gestado na índole ditatorial do “Estado Novo”.

Também nesta ordem constitucional inexistia foro privilegiado para os crimes praticados por deputados e senadores.

Nos crimes de responsabilidade, Presidente da República era julgado pelo Conselho Federal, formado por um representante de cada Estado e dez membros nomeados pelo próprio Presidente da República (art. 85, combinado com o art. 50).

Durante o exercício das suas funções, o Presidente da República não podia ser responsabilizado por atos estranhos a elas (art. 87), o que implicava em imunidade pessoal por crimes comuns durante o exercício da presidência.

Quanto aos Ministros de Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, eram processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste (§ 1º do art. 89).

Perante o Supremo Tribunal Federal, tinham foro privilegiado os Ministros do próprio Tribunal, os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100 (art. 101, I, “a” e “b”).

### **2.3.5 Constituição de 1946**

Os deputados e senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos e não podiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, e nem processados sem prévia licença da sua Câmara (art. 44 e 45).

Assim como nas Constituições de 1934 e 1937, aos parlamentares não era assegurado o foro privilegiado.

O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarasse procedente a acusação, era submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade (art. 88).

Os Ministros de Estado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, eram processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste (art. 92).

Em face do Supremo Tribunal Federal, tinham foro privilegiado o Presidente da República, nos crimes comuns; os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, nos crimes comuns; os Ministros de Estado, os Juízes dos Tribunais Superiores Federais, os

Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92 (art. 101, “a”, “b” e “c”).

### **2.3.6 Constituição de 1964**

Aos deputados e senadores era garantida a inviolabilidade no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, não podendo ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara (art. 34, § 1º).

Também neste regime constitucional os parlamentares não contavam com foro privilegiado.

O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarasse procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, era submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade (art. 85).

Os Ministros de Estado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, eram processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste (art. 88).

Tinham foro privilegiado, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente (art. 114, I, “a” e “b”).

Este panorama viria a ser modificado com a Emenda Constitucional n. 01/69, por alguns reconhecida como nova ordem constitucional.

### **2.3.7 Constituição de 1969 (Emenda Constitucional 01/69)**

No tocante às imunidades parlamentares, a Emenda Constitucional 01/69 passou por modificações produzidas pela Emenda Constitucional 11/78 e depois pela Emenda Constitucional 22/82.

Em sua redação original, o art. 32 da EC 01/69 previa que os deputados e senadores eram invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de injúria, calúnia e difamação, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.

A novidade, neste regime constitucional, foi a instituição do foro privilegiado para os deputados e senadores, que deveriam ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns (§ 2º do art. 32 e art. 119, I, “a”).

A EC 11/78 excluiu do art. 32 da Constituição a ressalva da imunidade quanto aos casos de injúria, calúnia e difamação, mantendo a ressalva apenas no caso de crime contra a Segurança Nacional. Além disso, o foro privilegiado continuou previsto apenas na alínea “a” do inciso I, do art. 119 da Carta Constitucional.

Da mesma forma que ocorria nos regimes constitucionais anteriores, o Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados declarasse procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, seria submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (art. 83).

Perante o Supremo Tribunal Federal, tinham foro especial, nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República; nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no item I do artigo 42, os membros dos tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 119, I, “a” e “b”).

### **2.3.8 Constituição de 1988**

A Constituição Federal de 1988 é pródiga em estabelecer hipóteses de foro privilegiado em ações de natureza criminal.

Compete ao Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I); bem como, em crimes de mesma natureza, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (art. 52, II).

Nestes casos, funcionará como Presidente da sessão de julgamento o Presidente do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (parágrafo único do art. 52).

Seguindo a tradição das Constituições democráticas, aos deputados e senadores é garantida a inviolabilidade, civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos (*caput* do art. 53). Não podem ser presos, salvo no caso de flagrante por crime inafiançável, hipótese em que a prisão deve passar pelo crivo da respectiva Casa, no prazo de 24 horas (§ 2º do art. 53).

Os parlamentares terão foro especial no Supremo Tribunal Federal (§ 1º do art. 53), da mesma forma que já ocorria na Emenda Constitucional 01/69. Recebida denúncia contra o parlamentar, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à respectiva Casa, a qual, pela maioria dos seus membros, poderá sustar o processo enquanto durar o mandato, com a suspensão do prazo prescricional (§§ 3º a 5º do art. 53).

O Presidente da República, uma vez admitida acusação contra ele por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (*caput* do art. 86).

Têm foro especial perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, “b”).

Ainda terão foro privilegiado no STF, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, salvo o disposto inciso I no art. 52 (crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente da República). Também os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal

de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, “c”).<sup>80</sup>

Perante o Superior Tribunal de Justiça, terão foro especial, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (art. 105, I, “a”).

Em face dos diversos regimes constitucionais do foro privilegiado, pode-se elaborar a seguinte tabela ilustrativa:

FORO PRIVILEGIADO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

<b>Constituição</b>	<b>Presidente</b>	<b>Ministros de Estado</b>	<b>Parlamentares</b>
<b>1824</b>	-----	Sim	Sim
<b>1891</b>	Sim	Sim	<b>Não</b>
<b>1934</b>	Sim	Sim	<b>Não</b>
<b>1937</b>	Sim	Sim	<b>Não</b>
<b>1946</b>	Sim	Sim	<b>Não</b>
<b>1964</b>	Sim	Sim	<b>Não</b>
<b>1969 (EC 01/69)</b>	Sim	Sim	Sim
<b>1988</b>	Sim	Sim	Sim

Conforme se percebe, é da tradição constitucional brasileira o foro privilegiado ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, para o julgamento de crimes comuns ou de responsabilidade.

Por outro lado, o foro especial por prerrogativa de função só foi reconhecido aos parlamentares pela Constituição Imperial de 1824, sendo restabelecido pela Emenda Constitucional n. 01/69 e mantido pela Constituição Federal de 1988, restrito, todavia, aos crimes comuns e de responsabilidade.

<sup>80</sup> Redação conferida pela Emenda Constitucional n. 23/99.

Nos *crimes comuns*, os Prefeitos devem ser julgados perante o Tribunal de Justiça do Estado (inciso X do art. 29 da CF). No entanto, a competência será de Tribunal Regional Federal se o crime for praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, inclusive malversação de verbas sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União, conforme vários precedentes do Supremo Tribunal Federal<sup>81</sup>.

A propósito desse tema, vale sublinhar que o Supremo Tribunal Federal arraigou o entendimento de que não cabe em primeiro grau de jurisdição a ação por crime de responsabilidade contra prefeitos.<sup>82</sup>

Considera o Pretório Excelso que o art. 1º do DL 201/67 prevê crimes comuns, inadequadamente denominados *crimes de responsabilidade*, circunstância em que o seu julgamento deve ocorrer por meio de ação penal, segundo a competência definida no inciso X do art. 29 da Carta Magna.

Caso se trate de autêntico *crime de responsabilidade* (infração político-administrativa), previsto no art. 4º do DL 201/67, o julgamento será político, pela Câmara de Vereadores, sujeitando-se o Prefeito à pena de cassação.

Em relação a autoridades que já deixaram a função, não persiste o foro privilegiado, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.797 e 2.860, em que foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código Penal.

Os dispositivos declarados inconstitucionais faziam prevalecer o privilégio do foro, ainda que o inquérito ou a ação judicial fosse iniciado após a cessação do exercício da função pública e estendiam a regra do foro privilegiado às ações por improbidade fundadas na Lei 8.429/92.

Ainda sobre essa matéria, cumpre assinalar que tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição n. 358/05, que em dezembro de 2009 estava pronta para ser levada ao Plenário para votação, conforme informações no site da Câmara na Internet.

Esta proposta altera a alínea “d” do inciso I, do art. 102 da Constituição Federal, para prever expressamente a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações populares e ações civis públicas ajuizadas contra atos do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio Supremo.

---

<sup>81</sup> Habeas Corpus 78.728/RS; Habeas Corpus 78.222/SC; Habeas Corpus 68.967/PR.

<sup>82</sup> Habeas Corpus 73.917/MG; Recurso em Habeas Corpus 73.210/PA; Habeas Corpus 70.671/PI.

Além disso, a PEC 358/05 altera o texto da alínea *b* do inciso I, do art. 105 da Carta Magna, para estabelecer a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de ações populares e ações civis públicas propostas contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e do próprio Tribunal.

Complementando as modificações que dizem respeito ao foro privilegiado em ações por improbidade, a PEC 358/05 propõe que o foro privilegiado perca ainda que o agente público já tenha deixado de exercer a função, de forma a restabelecer antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, outrora consubstanciado na Súmula 394, cuja revogação ficou decidida por ocasião do julgamento do Inquérito 687-4/SP.

Por esta proposta, portanto, a prerrogativa deixará de ser uma garantia material, em razão do exercício da função pública, para se transformar em garantia pessoal de quem a exerce.

#### **2.4 A temática do foro privilegiado na improbidade administrativa**

Quando o tema é a ação por improbidade administrativa, o *foro privilegiado* (ou *foro especial por prerrogativa de função*) tem sido alvo de largas e candentes controvérsias na doutrina e na própria jurisprudência.

Poucos são os seus defensores neste tipo de ação, que mesmo assim acabou sendo admitido pelo Supremo Tribunal Federal no que tange aos chamados *agentes políticos*, no julgamento da Reclamação 2.138-DF.

De um lado, colocam-se aqueles que advogam a completa impossibilidade do foro especial nas ações por improbidade, devendo o agente político se submeter às regras comuns de competência para o processo e julgamento da ação.

É o caso de Gustavo Senna Miranda<sup>83</sup>, para quem o agente político pode ser responsabilizado pela prática dos atos considerados crimes de responsabilidade, se a sua conduta também configurar de improbidade administrativa, em consonância com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, dada a inexistência de ressalva em relação a esta espécie de agente público.

---

<sup>83</sup> *Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa...*, p. 481-509.

Como fundamentos para a sua tese, o citado autor sustenta que os atos de improbidade administrativa não têm natureza penal e tampouco podem ser considerados crimes de responsabilidade. Alicerçado em Nelson Hungria, sublinha que o crime tem como consequência a pena de prisão e que nenhum dos atos de improbidade administrativa importa em privação da liberdade. Em objeção à tese de alguns doutrinadores, acrescenta que as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos não são consideradas penas cominadas a crimes, mas somente *efeitos secundários da condenação*, na forma do inciso I do art. 92 do Código Penal vigente.

Prossegue Gustavo Senna Miranda em sua defesa da total imputabilidade aos agentes políticos das sanções previstas na Lei 8.429/92, sob pena de afronta ao princípio da independência entre as instâncias, ao princípio da isonomia e ao princípio da segurança jurídica. Do contrário, afirma que haverá retrocesso social no Brasil, com a criação de terreno fértil para a impunidade.

Francisco Chaves dos Anjos Neto<sup>84</sup> defende posição semelhante e destaca que o Poder Constituinte pretendeu inaugurar um regime especial de tutela à probidade administrativa ao estabelecer variadas formas de responsabilidade, em que se destaca a previsão do § 4º do art. 37 da Carta de 1988. Em vista disso, o mencionado autor critica quem sustente algum tipo de exclusividade punitiva para agentes políticos quando se trata de proteção da probidade administrativa.

Seguindo a mesma trilha, Luiz Gonzaga Pereira Neto<sup>85</sup> anota que existem diferentes esferas de responsabilidade no Direito (civil, penal e administrativa) e que não se pode, nestes casos, cogitar de *bis in idem*, uma vez que, ontologicamente, não se trata de punições idênticas.

Também Luciano Rolim<sup>86</sup> defende a submissão dos agentes políticos às sanções da ação por improbidade, tendo como substrato fundamental a idéia de que o foro privilegiado é exceção em nosso regime constitucional e que estendê-lo ofenderia ao princípio do juiz natural, além de violar a regra de que não pode existir foro ou tribunal de exceção.

Acolhendo posição intermediária, Rosimayre Gonçalves de Carvalho<sup>87</sup> admite que as sanções da Lei 8.429/92 sofrem algumas restrições em relação a alguns agentes políticos, porque não poderia um juiz de primeiro grau afastar do exercício do cargo o Presidente da

---

<sup>84</sup> *Da plena compatibilidade de aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos*, p. 67-73.

<sup>85</sup> *Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei n. 8.429/92*, p. 11-20.

<sup>86</sup> *Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado*, p. 111-146.

<sup>87</sup> *A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos*, p. 254-268.

República ou Ministros de Estado, em relação aos quais há regramentos específicos na Constituição Federal.

Entretanto, referindo-se à linha de pensamento do Ministro Carlos Velloso na Reclamação 2.138, entende que isso não torna a Lei 8.429/92 inaplicável aos agentes políticos, pois, não havendo previsão constitucional expressa de foro privilegiado para ações por improbidade administrativa, não se pode pretender a unificação das jurisdições civis e criminais, como se crimes de responsabilidade fossem e como se não houvesse independência entre as instâncias penal, política, civil e administrativa.

No vértice oposto, estão os que defendem a não submissão de agentes políticos ao regime comum da ação disciplinada pela Lei 8.429/92, porque a eles seriam aplicáveis regimes legais específicos.

É o que pensam Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes<sup>88</sup> no tocante à imputação de improbidade a Ministros de Estado e membros de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União. Em face da natureza das sanções aplicáveis, que podem chegar até a perda da função pública, entendem que os juízos de primeira instância seriam incompetentes para processar e julgar causas de improbidade administrativa contra as apontadas autoridades, sob pena de subversão de todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências.

Sustentam os apontados autores que a ação por improbidade tem *forte conteúdo penal* diante da possibilidade da suspensão de direitos políticos ou perda da função pública, de modo que somente o Supremo Tribunal Federal poderia julgar as autoridades discriminadas na alínea “c” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.

Em linhas gerais, esta tese foi sufragada pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138, após intensos e prolongados debates. Pautado para julgamento em 20 de novembro de 2002, este processo, depois de vários pedidos de vista, somente conheceu seu final na sessão realizada no dia 13 de junho de 2007.

Não se cuidou de julgamento tranqüilo, pois a Reclamação foi acolhida por maioria mínima. Dos onze ministros que compunham a Corte, cinco votaram pela improcedência, sendo eles os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Pela procedência votaram os ministros Nelson Jobim (relator), Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Ilmar Galvão, Maurício Côrrea e Cezar Peluso.

---

<sup>88</sup> *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*, p. 253-257.

As divergências no STF evidenciam que esta é uma discussão ainda longe de tornar-se superada e não será surpresa se nos próximos anos houver modificação do entendimento esposado na Reclamação n. 2.138, até mesmo porque a composição daquele tribunal já está bastante modificada.

Prevaleceu o entendimento de que os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/50 e que o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos do regime dos demais agentes públicos. Para a Excelsa Corte, a Lei 8.429/92 regula o regime de responsabilidade previsto no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, enquanto a Lei 1.079/50 disciplina o regime implicitamente estabelecido no art. 102, I, “c”, da Magna Carta.

Partindo desta premissa, a maioria dos Ministros do STF decidiu que a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos, que se submetem somente ao disposto na Lei 1.079/50. Por via de consequência, somente aquela Corte tem competência para julgar Ministro de Estado por crime de responsabilidade e, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão dos seus direitos políticos. Com isso, anulou decisão do Juízo da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, que havia aplicado aquelas sanções a ex-ministro de Estado.

Por este entendimento, também estariam excluídos do regime da Lei 8.429/92 o Presidente da República, os governadores e seus secretários, os ministros do Supremo Tribunal Federal, os ministros do Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República e qualquer outro agente público ao qual a Constituição Federal reconheça foro privilegiado para o julgamento de crime de responsabilidade.

A divergência foi conduzida pelo voto do Ministro Carlos Velloso, segundo a qual somente em determinadas hipóteses a Lei 8.429/92 seria inaplicável aos agentes políticos.

Destacou aquele ministro que o princípio da moralidade é exaltado em várias passagens da Constituição Federal de 1988 e por isso devem ser prestigiadas todas as formas de combate à improbidade. Para ele, não há que se falar em crime de responsabilidade em relação a condutas não tipificadas na Lei 1.079/50 e no Decreto-lei 201/67, que regem as ações desta natureza.

Na visão do Ministro Velloso, a única impossibilidade, na ação por improbidade da Lei 8.429/92, seria a aplicação das penas de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos ao Presidente da República, aos senadores, deputados federais e deputados estaduais, visto que a Constituição Federal prevê expressamente os casos em que isso pode acontecer (respectivamente, art. 86, 55 e 27, § 1º).

Quanto aos demais agentes políticos, aquelas penas somente poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado da sentença, feita a interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 15, 51, inciso I, 86 e 87), bem assim do disposto no inciso I do art. 47 e no inciso I do art. 92 do Código Penal, em combinação com o *caput* do art. 20 da Lei 8.429/92.

Sublinhou o Ministro Velloso que isentar os agentes políticos da ação de improbidade seria um desastre para a Administração Pública, posto que, segundo dados recebidos do Ministério Público, havia 4.191 feitos contra agentes políticos em 14 Estados e mais de 500 ações na Justiça Federal, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.<sup>89</sup>

Acompanhando a divergência, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu que existe dupla normatividade em matéria de improbidade e que não há impedimento à coexistência de dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado, pois, nas verdadeiras democracias, quanto mais elevadas as funções, maior há de ser o grau da sua responsabilidade dos agentes públicos.

O Ministro Marco Aurélio seguiu a mesma trilha e asseverou que inexistente prerrogativa de foro no âmbito civil e que esta prerrogativa não é prevista no art. 102 da Constituição Federal. Qualificou como retrocesso no Estado Democrático de Direito o reconhecimento do foro especial em tal hipótese.

Em seu voto, também divergente, o Ministro Celso de Mello ressaltou que a responsabilidade dos governantes é inerente à idéia republicana e que o princípio da moralidade administrativa é vetor que rege as atividades do Poder Público. Acentuou que as sanções em ação por improbidade não têm natureza penal e que a improbidade comporta múltiplas condutas delituosas, sendo muito claro o § 4º do art. 37 da Constituição quando distingue esta multiplicidade. Por isso, os agentes políticos também ficariam sujeitos às sanções da Lei 8.429/92, respeitadas apenas as exigências constitucionais no tocante à perda do cargo e privação do mandato.

A par do brilhantismo dos votos emitidos no julgamento em questão, ficou patente a ferrenha divergência no Supremo Tribunal a respeito do foro privilegiado nas ações por improbidade, denotando que a matéria poderá, no futuro, sofrer nova interpretação daquela Corte.

---

<sup>89</sup> São do Ministro Velloso as seguintes palavras: “Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe”.

## 2.5 Considerações sobre o foro privilegiado

No âmago do julgamento do STF esteve o claro objetivo de subtrair a matéria do controle judicial pelos julgamentos dos juízes de primeiro grau de jurisdição e assim evitar a *banalização* deste tipo de ação, nas claras palavras do Ministro Nelson Jobim<sup>90</sup>.

Principiando por argumentos de política constitucional, salientou o Ministro Jobim que a atuação do agente político envolve riscos e complexidades, nem sempre conhecidas ou percebidas pelos magistrados de 1º grau. Criticou, ainda, o *denuncismo* de alguns agentes da persecução judicial que buscam a notoriedade fácil e a participação oblíqua no debate político, ajuizando ações espetaculares e causando constrangimento ao atingido, às vezes com ampla divulgação na imprensa.

As preocupações do Ministro não são destituídas de fundamento, pois, sem embargo da atuação escorreita da maioria dos juízes e integrantes do Ministério Público, existem aqueles que, pelos métodos utilizados – ampla divulgação do ajuizamento da ação em órgãos da imprensa –, evidenciam o objetivo de obter notoriedade e assim conseguir os “quinze minutos de fama” a que se referiu o controvertido pintor Andy Warhol<sup>91</sup>.

É também compreensível que o magistrado de primeira instância geralmente não tenha a mesma vivência e textura político-institucional do integrante de uma Corte Superior ou de segundo grau, atributos estes que podem contribuir para decisões ponderadas e pertinentes.

No entanto, estes são argumentos que cedem em importância diante do alarmante fato de que a decisão tomada na Reclamação 2.138 tende a estimular a prática dos atos lesivos ao interesse público, porque torna quase inexistente um controle efetivo dos desvios praticados por agentes políticos.

Em sentido contrário à apontada decisão podem ser colocadas as seguintes objeções: a) O combate à corrupção é prioridade da ordem política mundial; b) Em questão de política constitucional, o combate à corrupção é fundamental para a preservação do Estado Democrático de Direito; c) Os estudos sobre a corrupção indicam que ela só pode ser combatida com eficácia se houver multiplicidade de formas de controle, o que contra-indica a concentração do controle em um ou poucos órgãos do Estado; d) O ideal republicano exige que qualquer privilégio seja pautado no interesse público, sob pena de ofensa ao princípio da

---

<sup>90</sup> Disse o Ministro Jobim, textualmente, que a lógica da prerrogativa do foro consiste em: “impedir que se banalizem procedimentos de caráter penal ou de responsabilidade com nítido objetivo de causar constrangimento político aos atingidos, afetando a própria atuação do Governo e, porque não dizer, do Estado”.

<sup>91</sup> Tornou-se mundialmente conhecida frase do controvertido pintor e cineasta Andy Warhol, radicado nos EUA e morto em 1987, de que no futuro todos teriam os seus quinze minutos de fama.

isonomia; e) As normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a produzir a máxima efetividade; f) O princípio da moralidade administrativa é fundamental na atual ordem constitucional brasileira; g) Sob o enfoque normativo, as sanções previstas na Lei 8.429/92 não têm caráter penal; h) Os agentes políticos podem ser responsabilizados tanto pela Lei 8.429/92 como pela Lei 1.079/50 ou DL 201/67, com algumas ressalvas.

Não se desconhece que a posição adotada pelo Supremo Tribunal traz fundamentos respeitáveis.

Entretanto, com a devida vênia, não estão em sintonia com a nova ordem mundial e nem com os fundamentos e valores que norteiam a própria Constituição Federal de 1988, dos quais não pode prescindir.

Conforme assinala Luis Roberto Barroso<sup>92</sup>, a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais, mas sim produto de uma época, de um momento histórico. Nesta ordem de idéias, o direito não é apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade, de escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. A Constituição é um conjunto de normas que deverão orientar as escolhas, tendo em conta princípios, fins públicos e programas de ação. O pós-positivismo busca superar o conhecimento tradicional e introduz no ordenamento positivo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores, à reaproximação entre ética e Direito.

Neste diapasão, o foro privilegiado, em si, já está se tornando anacrônico no âmbito dos grandes sistemas jurídicos ocidentais, pois, conforme se viu, não é adotado por EUA, Alemanha, Itália e Portugal, nem mesmo para fins penais. Somente França e Espanha reconhecem este privilégio para seus chefes de governo e ministros, nos crimes comuns e de responsabilidade. No que toca aos parlamentares, a prerrogativa de foro por exercício de função se restringe à Espanha.

Percebe-se, neste tema, o descompasso com a modernidade da Constituição Federal de 1988 e das que a precederam, denotando que ainda há ranços, em nossa cultura, da distinção de classes existentes no Brasil-Império, embora já não exista monarca e nem aristocracia.

O voto é universal, a escravidão tornou-se crime. O Estado Liberal, com sua passividade e suposta neutralidade ideológica, é um modelo ultrapassado. Persiste, no entanto, o foro privilegiado, o que é difícil justificar quando a regra na democracia é a igualdade em direitos e obrigações.

---

<sup>92</sup> *A nova interpretação constitucional*, p. 03, 09 e 28.

Neste passo, são muito oportunas as palavras de Régis Fernandes de Oliveira<sup>93</sup>, no sentido de que, num Estado Democrático de Direito, a regra deve ser a igualdade perante a lei, de modo que a função pública não pode funcionar como escudo contra as penas impostas à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

O foro privilegiado não deixa de ser uma grande contradição em nossa ordem constitucional, um resquício oitocentista em pleno século XXI.

Pode-se argumentar que as altas autoridades da República não podem ficar sujeitas às instabilidades motivadas por processos judiciais, capazes de comprometer a própria governabilidade do país.

Neste caso, é justificável o foro privilegiado para o Presidente da República, como Chefe de Estado. Assim também o fazem Itália, França, Espanha e Portugal, em nome da estabilidade governamental.

Quanto aos demais agentes políticos, a prerrogativa acaba adquirindo contornos de inconcebível privilégio.

Note-se que o contrário ocorre com a imunidade parlamentar por votos, opiniões e manifestações, que é adotada em nome da liberdade de atuação do congressista, como premissa democrática, daí o seu acolhimento não apenas pelo Brasil, mas por todos os países acima citados.

De qualquer modo, ainda que contraditório, o foro privilegiado é prerrogativa constitucional (art. 102, I, “c”; art. 105, I, “a”). Enquanto estiver previsto pela Constituição Federal, só resta reconhecê-lo.

Todavia, esta questionável prerrogativa só está prevista para crimes comuns e de responsabilidade.

Estendê-lo indiscriminadamente a qualquer caso de ação por improbidade é algo que não encontra fundamentos convincentes.

Com efeito, não convence o argumento de que a Constituição Federal estabelece um regime distinto para os agentes políticos para a punição de atos de improbidade (Leis 1.079/50 e Decreto-lei 201/67). Tampouco o de que as sanções previstas na Lei 8.429/92 possuem *forte conteúdo penal* e por isso também devem seguir as regras do foro privilegiado.

O caráter não-penal das sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 é decorrente da própria Constituição Federal, que acentua a autonomia de instâncias entre elas e as sanções penais, ao dispor, no § 4º do art. 37, que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão

---

<sup>93</sup> *Foro privilegiado no Brasil...*, p. 110.

dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, “*sem prejuízo da ação penal cabível*”.

Ademais, não pode ter natureza penal uma sanção que não é passível de conversão em pena privativa de liberdade e nem gera outros efeitos penais, como a reincidência (art. 63 do CP). Considerar de natureza penal uma sanção apenas porque é severa implicaria em fixar um conceito material de crime, em detrimento do conceito formal da lei, possibilidade que a doutrina especializada rejeita com veemência.<sup>94</sup>

Em razão da severidade da sanção, o foro privilegiado também deveria ser estendido às ações de alimentos, já que nelas há risco de prisão para o devedor.

Viu-se em outra parte deste trabalho<sup>95</sup> que a corrupção e o crime organizado estão entre as grandes preocupações do mundo ocidental, o que já ocasionou recomendações de combate à corrupção pela Organização das Nações Unidas (ONU), pela Organização dos Estados Americanos (OEA), pela Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pelo Banco Mundial (BIRD) e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI).

Por outro lado, os estudiosos do tema, como Enrique Peruzzotti<sup>96</sup>, acentuam que um dos valores centrais de uma democracia é a submissão do governo a uma multiplicidade de controles, a fim de assegurar o manejo responsável dos assuntos políticos, sendo que o Poder Judiciário está inserido no chamado *sistema de controles intra-estatais (horizontais)*, integrado por agências do Estado que funcionam complementarmente entre si (controladorias, tribunais administrativos, Congresso, Poder Judiciário etc).

Também Rubem Barboza Filho<sup>97</sup> assinala que o Poder Judiciário, sob qualquer ângulo, tem papel decisivo na contenção do avanço da corrupção e para isso deve contar com os seguintes atributos: a) autonomia; b) integridade; c) eficácia.<sup>98</sup>

A organização Transparência Internacional, no documento *Global Corruption Report 2007*, afirma categoricamente que a luta contra a corrupção depende muito de um sistema judicial efetivo para aplicar as leis nacionais e internacionais contra a corrupção.

Em razão de todos estes fatores, não é animadora a decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138-DF, pois restringe os controles sobre a corrupção quando as organizações internacionais e os estudiosos recomendam que eles se diversifiquem. Concentra

---

<sup>94</sup> Sobre a natureza civil das sanções por improbidade, vide a seção 6.1 deste estudo.

<sup>95</sup> A respeito do movimento internacional contra a corrupção, vide a seção 2.4.

<sup>96</sup> *Accountability*, p. 477-483.

<sup>97</sup> *Judiciário*, p. 536.

<sup>98</sup> Sobre as formas de combate à corrupção, faz-se remissão à seção 2.5.

a atuação do Poder Judiciário, mesmo sendo ela historicamente ineficaz. Diz que as sanções por improbidade têm forte conteúdo penal, ainda que a Constituição Federal diga o contrário (§ 4º do art. 37). Na tensão entre o foro privilegiado e a punição à improbidade, confere valor mais alto ao primeiro, ainda que esteja se tornando um instituto anacrônico e que o combate à corrupção seja cantado em prosa e verso, no mundo ocidental, como requisito para a preservação da democracia.

Permanecendo a orientação adotada na Reclamação 2.138, estará sacramentada a extensão da falência do sistema penal brasileiro para o regime de punição da improbidade administrativa.

Com efeito, é quase uma quimera a responsabilização dos agentes políticos por crime de responsabilidade, nos termos da Lei 1.079/50 (aplicável ao Presidente da República, aos Ministros de Estado, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, aos Governadores e Secretários de Estado) e do Decreto-lei 201/67 (impositivo aos Prefeitos e Vereadores). A prática jurídica não permite que se acredite nisso.

Não há notícia de uma condenação sequer por crime de responsabilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em toda a sua existência, nas ações de competência originária.

Por esta e outras razões é que houve a necessidade de aprovar a Lei 8.429/92, como alternativa para submeter qualquer agente político a julgamento por improbidade administrativa e assim a conferir efetividade ao previsto no § 4º do art. 37 da Constituição Federal.

Sabidamente, os Tribunais Superiores não têm estrutura suficiente para suportar a grande quantidade de ações distribuídas a eles, denotando quão perniciosa pode ser a concentração da competência para julgar ações por improbidade contra agentes políticos.

Como ressaltaram em seus votos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, na Reclamação 2.138-DF, o reconhecimento irrestrito do foro privilegiado em ações por improbidade administrativa tende a se tornar um desastre para o país.

Há bons motivos para acreditar nesta premonição, em se considerando o desempenho histórico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em ações penais onde há a prerrogativa de foro.

Estudos mostram que estes tribunais não têm estrutura mínima para julgar ações desta natureza, o que deverá se agravar ainda mais diante do teor da decisão exarada na Reclamação 2.138-DF.

Além disso, o estabelecimento do foro privilegiado provoca o trânsito constante de processos entre os Tribunais Superiores e as instâncias inferiores, visto que, após a revogação

da Súmula 394 do STF, a prerrogativa perdura só enquanto o acusado estiver no exercício do mandato.

Estas circunstâncias se refletem na pesquisa<sup>99</sup> realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) sobre o andamento das ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), mostrando que a punição é quase inexistente.

Certamente não será diferente com as ações por improbidade administrativa, caso sejam concentradas numa daquelas Cortes.

No STF, considerando as ações penais distribuídas entre 15 de dezembro de 1988 e 15 de junho de 2007, não houve sequer uma condenação dos réus com direito a foro privilegiado, como aponta a seguinte tabela:

TABELA DE AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS NO STF

Sentença/decisão	Quantidade	% do total
Em tramitação	52	40,00
Remessa Instância Inferior	46	35,38
Extinção da punibilidade – prescrição	13	10,00
Absolvição	6	4,62
Outros	13	10,00
Condenação	0	0,00
TOTAL	130	100,00

No Superior Tribunal de Justiça, a realidade não é muito diferente daquela encontrada no Supremo Tribunal.

Levando em conta as ações penais distribuídas entre 23 de maio de 1989 e 06 de junho de 2007, houve apenas cinco condenações, que equivalem a um percentual de 1,04%. Em compensação, foi decretada a extinção da punibilidade em 71 ações, muitas delas por prescrição ou decadência, perfazendo quase 15% das ações penais originárias propostas naquela Corte, conforme ilustra a tabela abaixo:

<sup>99</sup> *Juízes contra a corrupção*, p. 10 et seq.

TABELA DE AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS NO STJ

Sentença/decisão	Quantidade	% do total
Remessa Instância Inferior	126	26,09
Em tramitação	81	16,77
Extinção punibilidade – prescrição/decadência	71	14,70
Rejeição Denúncia/Queixa – atipicidade	74	15,32
Absolvição	11	2,28
Remessa STF	10	2,07
Aguardando autorização da Assembléia	9	1,86
Condenação	5	1,04
Extinção da punibilidade por morte do réu	5	1,04
Outros/não disponível	91	18,84
TOTAL	483	100

Por todos estes fatores, o reconhecimento do foro privilegiado em ações por improbidade não se afigura a melhor solução.

Mostra-se mais equânime a posição adotada pelo Ministro Carlos Velloso em seu voto divergente na Reclamação 2.138, para quem a única impossibilidade, na ação por improbidade da Lei 8.429/92, seria a aplicação das penas de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos ao Presidente da República, aos senadores, deputados federais e deputados estaduais, visto que a Constituição Federal prevê expressamente os casos em que isso pode acontecer.

Além disso, quanto aos demais agentes políticos, aquelas penas somente poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado da sentença, feita a interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 15, 51, inciso I, 55, 86 e 87), bem assim do disposto no inciso I do art. 47 e no inciso I do art. 92 do Código Penal, em combinação com o *caput* do art. 20 da Lei 8.429/92.

No mais, os fundamentos de ordem política e constitucional apontam para a coexistência dos regimes da Lei 1.079/50, do Decreto-lei 201/67 e da Lei 8.429/92, de modo a conferir a máxima efetividade aos dispositivos constitucionais que pregam o combate à improbidade, merecendo destaque a assertiva explícita do § 4º do art. 37 da Carta Magna.

## **3 CRÍTICA DA ESTRUTURA FORMAL DA LEI 8.429/92**

### **3.1 Considerações iniciais**

Em que pese sua inegável importância instrumental no combate à improbidade administrativa, a Lei 8.429/92 não está isenta de críticas no tocante à sua estrutura formal, especificamente a falta de sistematicidade, existência de lacunas, defeitos de redação e carência de funcionalidade de alguns dispositivos.

São defeitos que estão longe de retirar-lhe o valor, mas que, sem dúvida, deveriam ser corrigidos, visando proporcionar-lhe mais efetividade.

A falta de sistematização prejudica a organização geral da lei e traz prejuízos à sua compreensão geral.

As lacunas dificultam a tarefa do intérprete, que se vê na contingência de supri-las pelos métodos legais de integração (analogia, princípios gerais e costumes), nem sempre convergentes para um entendimento comum.

O mesmo ocorre com defeitos de redação, na medida em que o hermenêuta também será obrigado, para conferir inteligibilidade ao texto legal, fazer uso dos diversos critérios de interpretação (gramatical, lógico, teleológico etc), o que pode dar margem a entendimentos os mais díspares sobre os pontos obscuros.

Há necessidade, ainda, de analisar a funcionalidade de alguns dos dispositivos da lei, numa perspectiva de celeridade e resultado útil, como base para sugestões ao legislador, visando o aperfeiçoamento do procedimento legal.

O apontamento destes defeitos não tem outro objetivo, senão proporcionar à Lei 8.429/92, *de lege ferenda*, uma otimização de resultados.

### **3.2 Sistematicidade do texto vigente**

A Lei 8.429/92 tem o seu texto dividido em oito capítulos, nesta ordem: (I) Das disposições Gerais; (II) Dos atos de improbidade administrativa; (III) Das penas; (IV) Da declaração de bens; (V) Do procedimento administrativo e do processo judicial; (VI) Das disposições penais; (VII) Da prescrição; (VIII) Das disposições finais.

Esta organização do texto legal contém algumas impropriedades, que contribuem para dificultar a sua aplicação, visto que podem induzir o intérprete em erro ou dúvidas.

Uma delas é a denominação “Das penas” no Capítulo III, pois sugere o caráter penal das sanções ali previstas, o que não corresponde com a realidade, visto que elas têm caráter civil.

É certo que parte da doutrina<sup>100</sup> advoga que as sanções previstas no art. 12 da lei em comento possuem um *forte conteúdo penal*, tese que também foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 2.138, mas muitos, inclusive vários ministros daquela Excelsa Corte sustentam, com bons fundamentos, que as reprimendas ali previstas são de natureza civil, tendo como principal argumento as prescrições do § 4º do art. 37 da Constituição Federal.<sup>101</sup>

Aliás, seria flagrante incoerência a adoção expressa do rito ordinário para a ação de improbidade (*caput* do art. 17), nos termos do Código de Processo Civil, e a indicação de que as sanções cominadas pela lei teriam natureza penal.

Em outras palavras, o rito teria a natureza civil, mas as sanções seriam de caráter penal. Uma óbvia contradição.

Se o objetivo fosse impor sanções penais, então não seria necessária a criação de uma nova ação, bastando aquelas que já existem no âmbito do processo penal e que também podem proporcionar a perda do cargo ou suspensão dos direitos políticos, nos termos do art. 92 do Código Penal, assim como ocorre com a ação por crime de responsabilidade.

Seria preferível, portanto, em nome da lógica, que o Capítulo III tivesse a denominação “Das sanções”, ao invés de “Das penas”.

Impropriedade semelhante existe no Capítulo VI (*Das disposições penais*), onde está localizado o art. 20 que estabelece as condições em que se dará a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, ou seja, somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Este dispositivo nada tem de penal, para merecer a inclusão no capítulo das disposições penais.

Cuida-se apenas de regramento sobre os efeitos da sentença condenatória, que deveria vir logo após o art. 18, que também trata dos efeitos da condenação, ao dispor sobre a

---

<sup>100</sup> Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*, p. 253-257.

<sup>101</sup> Vide seção 3.5.

sentença de procedência no caso de reparação de dano ou perda dos bens ilicitamente adquiridos.

Da mesma forma, o art. 22 deveria estar no Capítulo V, que cuida do procedimento administrativo e do processo judicial, pois se refere a providências que o Ministério Público pode tomar como preparação de eventual ação por improbidade administrativa, ou seja, a requisição da instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

Outra impropriedade do texto, ainda que não seja gravíssima, é a inserção no Capítulo IV, constituído somente do art. 13, da apresentação obrigatória de *declaração de bens* por todos os agentes públicos.

Tal matéria quebra a seqüência lógica do texto, por se referir a mera providência administrativa que não tem relação direta com a imputação, apuração e penalização de ato de improbidade.

Por cuidar de tema pontual e com breve conteúdo, deveria estar localizado, se tanto, no Capítulo VIII, que cuida das disposições finais, e não do interior do texto, como se tivesse relação direta com o seu objeto, o que não tem.

Diante das dificuldades que o texto, por si, já oferece, esta inadvertida inserção só vem a aumentá-las ainda mais, motivo pelo qual seria de bom grado retirá-la dali e reposicioná-la onde ficaria mais adequada, no final do texto.

Não bastasse isso, a declaração de bens por agentes públicos passou a ser totalmente regulamentada pela Lei 8.730, de 10 de novembro de 1993, tornando ainda mais inócuo o art. 13 da Lei 8.429/92.

Nova impropriedade acontece na localização do art. 7º, que recomenda à autoridade administrativa que represente ao Ministério Público para efeito de indisponibilidade dos bens do indiciado.

Além da sofrível redação, este dispositivo está situado onde não deveria, uma vez que tem clara natureza procedimental. Não obstante, localiza-se entre dois dispositivos de conteúdo eminentemente material, já que o art. 6º e o art. 8º cuidam da responsabilidade dos agentes, terceiros e seus sucessores pelos atos de improbidade administrativa.

Em face da sua natureza procedimental, o art. 7º deveria estar integrado ao Capítulo V, que cuida do procedimento administrativo e do processo judicial, até porque guarda relação com o *caput* do art. 16, segundo o qual a comissão processante de inquérito administrativo representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação de seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

A indisponibilidade (art. 7º) e o seqüestro de bens (art. 16) são medidas de índole cautelar, visto que seu objetivo é garantir a eficácia social da eventual sentença de procedência, nada justificando que estejam disciplinadas em capítulos diversos da Lei 8.429/92.

### 3.3 Lacunas importantes

Em que pese tenha o mérito de fornecer um importante instrumental para o combate aos desvios de conduta na administração pública, a Lei 8.429/92 apresenta algumas lacunas que prejudicam a sua maior efetividade, na medida em que lançam dúvidas sobre o procedimento.

Uma destas lacunas foi suprimida por meio da Lei 12.120, de 15 de dezembro de 2009, que alterou o *caput* do art. 12 para explicitar que as sanções ali previstas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, algo que vinha sendo objeto de muitos debates.

Mas persistem outras lacunas merecedoras da atenção do legislador, se quiser aperfeiçoar a aplicação da lei.

Uma grave omissão é a inexistência de *regras de determinação da competência territorial* fazendo com que se busque a aplicação supletiva daquelas existentes no Código de Processo Civil ou, como fazem alguns, no rito da Ação Civil Pública da Lei 7.347/85 ou da Ação Popular da Lei 4.717/65.

Pode ser apontada, ainda, a inexistência de regras sobre a *concorrência com outras ações* que tenham o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir. Não havendo a reunião de processos por conexão, como determina o § 5º do art. 17, certamente haverá dúvidas sobre a aplicação das sentenças proferidas em duas ações por improbidade ou em mesmo em ações de reparação ou ações populares.

Também não há qualquer alusão quanto aos *efeitos da coisa julgada*, o que pode causar sérios problemas, visto que o réu poderá, eventualmente, ser condenado em duas ações a ressarcir os cofres públicos pelo mesmo fato. Ou poderá ser condenado em uma ação e ser eximido em outra sob a mesma acusação. Isso demonstra a importância de haver alguma previsão neste sentido, como há, por exemplo, no art. 16 da Lei 7.347/85 e no art. 18 da Lei 4.717/65.

Em face das manifestações jurisprudenciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal<sup>102</sup>, também seria bem-vinda a inclusão de parágrafo no art. 12, no sentido de que ser inaplicável a perda da função ou a suspensão dos direitos políticos aos agentes políticos para quem a Constituição Federal prevê regras específicas para isso, como é o caso do Presidente da República (art. 86 e 87), os ministros de estado (art. 102, I, “c”) e parlamentares (art. 55 e §§).

A Lei 8.429/92 também é omissa quanto à conduta de autoridade administrativa em relação à hipótese de denúncia anônima de ato de improbidade, visto que o § 1º do art. 14 induz a pensar que somente pode ser aceita representação escrita e assinada pelo delator.

O fato, porém, é que a autoridade não pode simplesmente ignorar uma denúncia apócrifa, sem verificar se ela tem alguma pertinência, conforme será analisado alhures, de modo que seria salutar alguma previsão a respeito disso, possivelmente com a inclusão de um parágrafo no art. 14.

Seria bem-vinda, ainda, a previsão de ser possível, além do seqüestro, o arresto de bens do réu, no *caput* do art. 16 da Lei 8.429/92. Ainda que essa medida possa decorrer do *poder geral de cautela* do magistrado (art. 798 do CPC), a clareza do texto legal sempre vem a proporcionar menos incidentes e impugnações no processo, contribuindo para maior rapidez em sua solução.

Nota-se também a ausência de qualquer previsão em relação à execução da sentença, exceção feita ao art. 20 da lei em foco, que cuida, especificamente, da perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos.

O ressarcimento aos cofres públicos ou a perda de bens ilicitamente adquiridos não constituem problemas, porque o próprio Código de Processo Civil oferece procedimentos para isso.

Todavia, não há qualquer previsão sobre o destino da multa civil eventualmente aplicada na sentença, nem da forma como deve ser aplicada a proibição de contratar com o Poder Público. O que dizer, então, da vedação ao recebimento de benefícios ou incentivos fiscais.

Sentenças com estas imposições enfrentariam dificuldades para o seu cumprimento, justamente pela ausência de previsão a respeito.

A lei também não diz quais os efeitos da sentença em relação ao ato ou contrato que constituiu o veículo formal para a prática do ato administrativo. Este ato estará

---

<sup>102</sup> Reclamação 2.138.

automaticamente anulado ou subsistirá? A declaração de sua invalidade, como pressuposto da condenação por improbidade, terá efeito *pleno iuris* ou sua invalidação dependerá de ação própria?

Este questionamento é de grande relevância, posto que a lei só diz que será punido o ato (leia-se: a conduta) do agente público ou do terceiro que for considerado ímprobo. É o que se deduz do teor do art. 1º: “*Os atos de improbidade... serão punidos na forma desta lei*”. Em sentido parecido o art. 18: “*A sentença que julgar procedente ação... determinará o pagamento ou reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito*”.

O art. 21 da lei sugere a desvinculação entre a invalidação do ato e sanção por improbidade, ao proclamar que a aplicação das sanções é independente “*da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas*”.

Seria bom se a lei fosse mais clara sobre os efeitos da sentença, de modo a extirpar ou reduzir dúvidas desta natureza.

Também se fazem ausentes no texto da Lei 8.429/92 normas sobre os ônus da sucumbência, matéria que é objeto freqüente de impugnações recursais.

A tendência jurisprudencial tem sido a de eximir qualquer uma das partes destes ônus, principalmente nas causas ajuizadas pelo Ministério Público, seja qual for o resultado da ação, pois se entende que o *Parquet* não tem a obrigação de pagá-los se improcedente o pedido e nem o direito de recebê-los no caso de procedência.

A omissão de regras sobre os ônus de sucumbência é particularmente injusta no caso de improcedência do pedido, em que o réu, além de ter sofrido todo o desgaste psicológico e social da acusação, ainda tem que arcar sozinho com as despesas processuais efetuadas, inclusive os honorários advocatícios do seu defensor, sem direito a nenhum tipo de ressarcimento, o que é muito questionável em face do *princípio do devido legal substantivo*.

### **3.4 Deficiências de redação**

Apresenta sérias deficiências o § 8º do art. 17 da Lei 8.429/92, pois utiliza expressões de forma imprópria, ao dizer que o juiz, após a manifestação do réu, *rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*.

O texto em referência tem a dupla desvantagem de se apresentar simultaneamente confuso e contraditório.

É confuso porque trata de casos de resolução do mérito e de extinção sem julgamento do mérito como se fossem categorias iguais. Contraditório porque confunde motivo de julgar com resultado do julgamento.

A confusão existe quando o texto diz que o juiz deve *rejeitar* a ação se, entre outras hipóteses, entender que a *via eleita é inadequada*.

De acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, a rejeição do *pedido* equivale a julgamento com resolução do mérito, nos expressos termos do inciso I do art. 269.

Por outro lado, a *inadequação da via eleita* é motivo para o indeferimento da petição inicial, sem apreciação do mérito, conforme o inciso V do art. 295, combinado com o inciso I do art. 267, ambos do estatuto processual civil.

Esta distinção é de grande importância, porque pode interferir no efeito da coisa julgada. Enquanto a rejeição do pedido provoca a coisa julgada material, com todas as suas conseqüências, a inadequação da via eleita leva apenas à coisa julgada formal, não impedindo o autor de ajuizar a mesma ação, embora seguindo outro rito.

Não bastasse isso, diz o § 8º que o juiz deve rejeitar a *ação* se convencido da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da ação. Ora, existe aqui séria contradição lógica, porque se confunde o motivo do julgamento com o seu resultado.

A improcedência do pedido é resultado do julgamento, enquanto a inexistência do ato de improbidade é o seu motivo. Não são termos que se excluem, mas se complementam. Não existe alternatividade, mas relação de causa e efeito entre eles. Em outras palavras, a inexistência do ato de improbidade levará à improcedência da ação (ou do pedido, como é mais correto dizer).

Configura-se, desta maneira, severo erro de técnica do legislador, que certamente dificulta a pronúncia da sentença pelo juiz e constitui potencial motivo para a interposição de recursos contra ela.

A lei é também bastante insuficiente ao cuidar da prescrição, no art. 23, pois contém previsões demasiadamente simplificadas, sem levar em conta as situações díspares que podem ocorrer.

Uma destas situações é a do terceiro que concorra ou induza à prática do ato de improbidade. Por sua condição, não exerce função pública, de modo que não se enquadra em nenhum dos incisos do art. 23, que adotam como premissa o exercício de função. Portanto, não há regras prescricionais explícitas para quem não exerce função pública.

O texto também não examina a hipótese de mudança de função pelo agente público, situação muito comum. Havendo mudança de função, não esclarece a lei se a prescrição começa a contar ou se o exercício da nova atribuição continuará impedindo o início da contagem do prazo.

### **3.5 Funcionalidade**

Do ponto de vista da funcionalidade, o ponto que merece as maiores críticas é a defesa antecipada ou preliminar, adotada pelo § 7º do art. 17 da Lei 8.429/92 (com a redação conferida pela Medida Provisória 2.225-45/2001), instituto processual inspirado no similar previsto no *caput* do art. 514 do Código de Processo Penal.

O apontado § 7º determina a notificação do réu para que, no prazo de 15 dias, ofereça defesa por escrito e a instrua com os documentos que julgar úteis. Após isso, o juiz deverá decidir se admite ou rejeita a peça de acusação. Caso a admita, deverá citar o réu, para que novamente se defenda.

Tal qual a sua congênere do processo penal, esta defesa preliminar invariavelmente enseja maior demora no processo e a interposição de recursos contra a decisão judicial, seja qual for o seu resultado.

A defesa preliminar, em si, pode ser bastante importante para que o juiz, de plano, forme o seu convencimento pela rejeição da petição inicial, se não houver razões fundadas para a persecução judicial.

No entanto, seria muito mais funcional se esta defesa fosse realizada antes da propositura da ação de improbidade e não depois.

Sendo oferecida após a propositura da ação, a defesa preliminar se torna causadora potencial de muitos incidentes e dúvidas processuais.

A primeira delas é sobre a existência ou não de nulidade quando é omitida a notificação para esta defesa, havendo entendimentos jurisprudenciais e doutrinários em ambos os sentidos.

Outra dúvida é sobre o momento em que deve ser considerada interrompida a prescrição: se com o despacho que determina a notificação para a defesa antecipada ou com aquele que, depois, determina a citação do réu para o oferecimento de contestação.

Também se questiona se a notificação deve ser somente aos agentes públicos ou também aos terceiros que eventualmente tenham concorrido ou induzido à prática da improbidade.

Dúvida ainda haverá sobre a existência de revelia se o réu apresentar defesa preliminar, mas não oferecer contestação.

Também há margem para questionamentos sobre qual o tipo de defesa que pode ser feito na defesa preliminar, principalmente no tocante à preliminares sobre vícios formais do processo e impugnações que dependam de dilação probatória para o seu desenlace.

Por fim, há dúvidas se, diante da apresentação da defesa preliminar, a posterior citação do réu poderia ser feita na pessoa do seu advogado constituído.

Mencionem-se, ainda, os fatídicos recursos contra a decisão judicial que receber a petição inicial e determinar a citação do réu, diante do inconformismo do réu com a não rejeição do petitório.

Como se vê, não obstante os nobres fins da defesa preliminar, ela dá margem a muitas dúvidas de caráter procedimental, o que só contribui para tornar a ação por improbidade mais lenta e menos efetiva.

Uma solução que desponta, neste caso, seria tornar obrigatória a intimação do acusado para a apresentação de defesa formal ainda na esfera administrativa, seja em processo administrativo do ente público interessado ou em inquérito civil aberto pelo Ministério Público, pois ambos os órgãos possuem estrutura material e legal para adotar esta forma de proceder.

Nestes termos, a prévia defesa administrativa se tornaria uma condição de procedibilidade da ação por improbidade.

Esta solução, além de proporcionar ao suspeito a oportunidade para desfazer eventuais equívocos, tem a vantagem de evitar sua indevida exposição à opinião pública, nos casos em que demonstrar a inexistência de fundamentos para a ação por improbidade.

Também contribuiria para reduzir drasticamente as ações propostas de forma açodada e temerária, que têm gerado muitos protestos por parte da doutrina e até mesmo da jurisprudência, como se vê no voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da controvertida e polêmica Reclamação 2.138.

A par disso, seria enorme também o benefício à celeridade e efetividade da ação por improbidade, que se veria livre das incertezas e dúvidas causadas pela defesa preliminar em seu formato atual.

O texto legal está também prejudicado em sua funcionalidade devido à revogação parcial e tácita do seu art. 19, que prevê pena de seis a dez meses de detenção, cumulada com multa, para aquele que dolosamente promover representação contra agente público que sabe inocente.

Este dispositivo penal foi parcial e tacitamente revogado pelo art. 1º da Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, que deu nova redação ao art. 339 do Código Penal e incluiu entre as condutas típicas do crime de *denúncia caluniosa* o ato de dar causa à instauração de *inquérito civil* ou *ação de improbidade administrativa* contra alguém, *imputando-lhe crime* de que o sabe inocente.

Dadas estas modificações, o art. 19 da Lei 8.429/92 permanece aplicável somente nos casos em que a falsa representação disser respeito a fato que não constitui crime. Do contrário, regula-se pela denúncia caluniosa do art. 339 do Código Penal, em sua nova redação.

## 4 A FASE ADMINISTRATIVA DA PERSECUÇÃO

### 4.1 Do controle dos atos administrativos

A função administrativa é bastante ampla, desenvolvendo-se através de regulamentos, contratos, atos de administração, fatos e atos administrativos, conforme anota Régis Fernandes de Oliveira<sup>103</sup>.

Observa o citado autor<sup>104</sup> que o Estado busca a consecução dos seus fins, sob os auspícios da ordem jurídica, encontrando limites fixados pelo sistema normativo. Não pode ir além dele, nem dele transbordar, pois estaria realizando prática de atos viciados pelo excesso ou com abuso de poder.

Disso não discrepa Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>105</sup>, ao anotar que o Estado tem por fim o bem comum, que em regra coincidirá com a vontade da lei, não a lei de aplicação mecânica, mas na forma ministrada por juízes e agentes públicos, fazendo com que todos se subordinem ao direito e assim consolidem o próprio Estado de Direito.

Tais assertivas são corroboradas por Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>106</sup> ao sublinhar que a função pública, no Estado Democrático de Direito, “*é a atividade exercida no cumprimento do ‘dever’ de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica*”, tripartida nas atividades legislativa, administrativa (executiva) e jurisdicional.

No Estado de Direito, as funções públicas devem se pautar no *princípio da legalidade* e na consecução do *interesse público* entendido como o interesse do conjunto social, projetado num todo como dimensão pública dos interesses individuais, ainda que contraposto a um dado interesse individual.<sup>107</sup>

Como todo ato jurídico, os atos administrativos também têm a sua validade condicionada ao atendimento de certos requisitos legais, devendo observar certos princípios e regras que vão além da capacidade civil do agente, do objeto lícito e da forma prescrita ou não defesa em lei, que o art. 104 do Código Civil estabelece para os negócios jurídicos em geral.

---

<sup>103</sup> *Ato administrativo*, p. 44.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>105</sup> *Motivo e motivação do ato administrativo*, p. 01-03.

<sup>106</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 29.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 60.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, os pressupostos de validade do ato administrativo são: a) pressuposto subjetivo (sujeito); b) pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); c) pressuposto teleológico (finalidade); pressuposto lógico (causa); e) pressupostos formalísticos (formalização).<sup>108</sup>

Assim é que a validade do ato administrativo deverá se curvar a certas regras, em que se pode destacar a competência do sujeito administrativo e o motivo determinante da prática do ato. O ato deverá, ainda, observar os princípios da legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, em atendimento aos postulados constitucionais (*caput* do art. 37 da CF), sob pena de anulação.

Verifica-se, destarte, que a validade do ato administrativo passa por rigoroso escrutínio constitucional e legal, tendo sempre em mira a atuação esmerada e eficiente da Administração Pública.

Contudo, de nada adiantaria tal rigor formal com a validade do ato administrativo se ele estivesse livre de qualquer tipo de controle. A validade ficaria enjaulada no reino da abstração e os fins maiores da Administração Pública estariam seriamente comprometidos.

Surge, assim, a necessidade de adotar formas de controle para que os atos administrativos cumpram sua finalidade com plenitude.

Os possíveis mecanismos de controle são diversificados e costumam ser classificados em *controle interno* e *externo*.

Denomina-se controle interno aquele que se realiza no âmbito do próprio órgão onde o ato foi produzido. Por controle externo denominam-se os exercidos por órgãos alheios ao que produziu o ato.<sup>109</sup>

São exemplos de controle externo as fiscalizações pelos Tribunais de Contas, órgãos legislativos e pelo Poder Judiciário.

A ordem jurídica brasileira, claramente influenciada pelo direito norte-americano, admite o *judicial review* ou controle judicial dos atos administrativos, em larga amplitude.

Em nosso sistema constitucional, nenhum ato administrativo, nem mesmo os atos discricionários, estão a salvo do controle jurisdicional, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça a direito está excluída da apreciação do Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal).

---

<sup>108</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 385.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 921.

Conforme assevera Régis Fernandes de Oliveira<sup>110</sup>, nem mesmo os chamados *atos políticos* ou *de governo* estão fora do alcance da apreciação do Poder Judiciário, porque o seu exercício fica subordinado a determinadas condições e formalidades que poderão ser objeto de controle se não forem observadas.

#### 4.2 Do controle interno dos atos administrativos

É dever do administrador público o zelo pela idoneidade dos atos que pratica e dos que lhes são subordinados. No exercício da função, não lhe cabe dispor do interesse público. Por via de conseqüência, deve observar também o *princípio do controle administrativo*.<sup>111</sup>

Como observa Frédéric Laurie<sup>112</sup>, o poder hierárquico da Administração assume diversas formas: poder de direção, poder de controle e poder de imposição (como expressão discricionária e hierárquica do interesse do serviço).

Em face da *hierarquia*, o administrador tem contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos seus subordinados, donde surgem, dentre outros, os poderes de fiscalização e punição sobre os subalternos.<sup>113</sup>

Assim, todo administrador público tem o dever de ficar atento a tudo que se passa à sua volta e, se for o caso, tomar as providências necessárias para que os atos irregulares sejam corrigidos e punidos os responsáveis.

Não apenas o superior hierárquico, mas qualquer integrante da Administração Pública tem o dever de comunicar a quem de direito as irregularidades e ilicitudes que perceba no exercício de suas funções, pois a todos cabe zelar pelos princípios da legalidade e moralidade dos atos administrativos, expressamente adotados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Mesmo o particular tem a faculdade de comunicar à autoridade competente as eventuais irregularidades que lhe chegarem ao conhecimento. No entanto, se para ele existe uma faculdade, para o integrante da Administração há um dever, do qual deve se desincumbir, sob pena de também ele incorrer em transgressões de caráter administrativo e até mesmo criminal.

---

<sup>110</sup> *Ato administrativo*, p. 20.

<sup>111</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 82.

<sup>112</sup> *Le faute disciplinaire dans la fonction publique*, p. 137.

<sup>113</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit., p. 150-151.

Verificada qualquer irregularidade do ato administrativo, incumbe ao administrador responsável determinar a abertura de procedimento de apuração, com a garantia de defesa, em observância ao disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

No caso dos servidores públicos federais civis, a sindicância ou processo administrativo deverá observar os procedimentos previstos na Lei 8.112/90.

Ao servidor público civil do Poder Executivo Federal ainda se aplica o Código de Ética Profissional aprovado pelo Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994.

#### **4.3 Da legitimidade para provocar o controle interno do ato ímprobo**

No caso de ocorrência de atos de improbidade administrativa, a Administração deverá agir de ofício com o fim de prevenir ou reprimir condutas irregulares. Mas, poderá também atuar mediante a provocação de pessoa estranha ao serviço público.

Por disposição legal, a eventual comunicação de conduta ímproba deverá ser feita através de *representação* à autoridade administrativa para que seja instaurada a investigação de caráter interno dos fatos denunciados, conforme o *caput* do art. 14 da Lei 8.429/92.

Cumprido sublinhar que a instauração da investigação administrativa poderá ser deflagrada também por requisição do Ministério Público, nos termos do art. 22 da Lei de Improbidade.

Não obstante, a lei faculta a qualquer pessoa a comunicação do fato irregular à autoridade competente, para que promova a devida investigação da conduta a ela denunciada.

No que diz respeito à validade da representação à autoridade, nenhuma qualidade especial é exigida da pessoa que a efetua, nem mesmo a capacidade civil para a prática de atos jurídicos em geral, regulada pelos arts. 3º a 5º do Código Civil.

Tal afirmação poderá soar contraditória com o art. 14 da Lei 8.429/92, na medida em que seu § 1º dispõe que a representação conterà a *qualificação* e a *assinatura* do denunciante, denotando que se trata de ato jurídico solene cuja validade dependeria da plena capacidade civil do seu autor.

Entretanto, a interpretação mais cuidadosa do mencionado dispositivo não autoriza a conclusão de que somente pessoas absolutamente capazes e alfabetizadas terão legitimidade para efetuar representação.

A lei contém, na melhor das hipóteses, uma pressuposição fundada na expectativa de que, no mais das vezes, a denúncia será feita por pessoas nestas condições.

Mas daí a concluir que incapazes ou analfabetos não possam efetuar a representação vai uma enorme distância.

Imagine-se, por exemplo, uma denúncia de corrupção oferecida por uma pessoa com pequeno grau de retardo mental ou analfabeta, trazendo provas ou indícios do ilícito (um vídeo, por exemplo). Uma pessoa nestas condições não possivelmente poderá assinar o termo de depoimento prestado à autoridade, caso em que, segundo a interpretação literal dos §§ 1º e 2º do art. 14, a autoridade teria que rejeitar de plano a representação.

Todavia, a rejeição da denúncia, em tais circunstâncias, certamente irá contra o interesse público, em nome de um formalismo que não se sustenta.

Embora transpareça do texto legal que a representação deva ser solene, formal e praticado por agente capaz, um pouco mais de reflexão sobre a natureza jurídica deste ato conduzirá a conclusão diversa.

Com efeito, a plenitude para os atos da civil (art. 5º do Código Civil) somente é indispensável nos casos em que eles possam produzir efeitos contra o declarante da vontade, ou seja, nos chamados *negócios jurídicos*.

A plena capacidade é irrelevante quando se trata de ato que constitui apenas a comunicação de um ato ilícito de ordem civil, penal ou administrativa. É que nestes casos estamos diante de um *fato jurídico*, que nem mesmo necessita do concurso humano para produzir efeitos.

Por *fatos jurídicos*, na lição de Sílvio Rodrigues<sup>114</sup>, são aqueles eventos provindos da atividade humana ou de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas.

Constata-se que até mesmo fatos naturais, sem qualquer interferência humana, são capazes de produzir efeitos jurídicos. É o caso de um raio que destrói um bem objeto de contrato de seguro. Nenhuma interferência humana ocorreu neste caso, mas o evento natural poderá dar origem à indenização, se assim for permitido pela avença.

Em sentido semelhante, não importa de que modo a irregularidade chegou ao conhecimento da autoridade. Pode ter sido pelo ato voluntário de uma pessoa, pela boca irracional de um cão ou pela força do vento.

O ato de improbidade acarreta conseqüências de ordem administrativa, civil e penal. Por si, é um *fato jurídico*. Se chegar ao conhecimento da autoridade, pouco importa o meio. Cabe a ela apurá-lo.

---

<sup>114</sup> *Direito Civil*, p. 167-168.

É o que ocorre, na órbita criminal, quando um incapaz efetua *notitia criminis* como vítima de um delito, notadamente aqueles praticados com violência contra a pessoa. A incapacidade da vítima não constitui, absolutamente, empecilho à configuração do delito. Ao contrário, poderá ser até mesmo um elemento do tipo penal, como ocorre na presunção legal de violência nos crimes contra a liberdade sexual, a teor do art. 224 do Código Penal.

Da mesma forma, se um incapaz ou analfabeto promove a denúncia de um ato de improbidade, a autoridade administrativa deve colher o seu depoimento e dar início às investigações, a não ser que os fatos narrados pelo denunciante não façam o menor sentido ou sejam notoriamente desmentidos pelas circunstâncias em que são apresentados.

Por tais fundamentos, a ausência de capacidade ou de alfabetização do autor da representação não pode ser motivo para a sua rejeição pela autoridade, se os fatos por ela apresentados são plausíveis e indicadores de conduta ímproba.

No que toca às responsabilidades pelo oferecimento da representação, cabe o alerta de que o denunciante deverá atuar com cuidado, pois caso se verifique que a notícia era falsa e que isso era do conhecimento do autor da representação, estará sujeito a processo criminal.

Sobre isso, o art. 19 da Lei 8.429/92 prevê pena de seis a dez meses de detenção, cumulada com multa, para aquele que dolosamente promover representação contra agente público que sabe inocente.

Contudo, tendo-se em conta o princípio *lex posterior derogat priori* (§ 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil), tal dispositivo foi parcial e tacitamente revogado pelo art. 1º da Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, que deu nova redação ao art. 339 do Código Penal e incluiu entre as condutas típicas do crime de *denúncia caluniosa* o ato de dar causa à instauração de *inquérito civil* ou *ação de improbidade administrativa* contra alguém, *imputando-lhe crime* de que o sabe inocente.

A pena, neste caso, será muito mais grave, pois consistirá em reclusão de dois a oito anos e multa.

Houve parcial revogação porque o enquadramento no art. 339 do Código Penal somente ocorrerá nos casos em que a conduta indevidamente atribuída ao agente público constituir *crime*, na expressa dicção do art. 399 do Código Penal.

É sabido, no entanto, que nem todas as condutas que a lei considera ímprobos são tipificadas como crime, o que, em regra, acontece nas condutas culposas previstas no art. 10 da Lei 8.429/92, hipótese em que a falsa imputação de improbidade deverá subsumir-se ao art. 19 da mesma lei.

#### 4.4 Requisitos da representação contra ato de improbidade

Ao cuidar do controle interno dos atos administrativos ímprobos, o art. 14 da Lei 8.429/92 dispõe que isso deverá acontecer através de representação de qualquer pessoa que deles tenha conhecimento, mediante o atendimento dos requisitos ali discriminados.

O texto da lei elege vários requisitos para a formulação da representação, como a forma escrita, qualificação e assinatura do representante, informações sobre o fato e a sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

E fulmina com a rejeição de plano aquela representação que porventura não atenda a todos esses requisitos (§ 1º do art. 14).

O rigor devotado pelo legislador à ausência de algum dos requisitos da representação pode causar a impressão de estar o denunciante agindo em seu próprio interesse ou realizando negócio jurídico com a Administração.

Entretanto, a representação é feita, sobretudo, no *interesse da Administração Pública*, de modo que as exigências do art. 14 e seus parágrafos, da Lei 8.429/92, não são condições *sine qua non* para a abertura da investigação, mas simples prescrições indicadas para a formalização do ato.

Sendo verossímeis os fatos, caberá a sua investigação, ainda que a representação não atenda a todos os requisitos previstos na Lei de Improbidade.

Importante notar que esta representação constitui um desdobramento do *direito de petição*<sup>115</sup> que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos na alínea “a” do inciso XXXIV do seu art. 5º.

A Carta Magna assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Exercido direito de representação, nasce para a autoridade a obrigação de recebê-la, no âmbito de sua competência, e pronunciar-se a respeito, após seu exame em período razoável, seja para indeferi-la, com fundamentos, seja para acolhê-la.<sup>116</sup>

Cabem aqui algumas considerações sobre os reflexos que essa garantia constitucional produz na representação em comento.

A primeira delas é que a denúncia do ato de improbidade não pode ficar condicionada ao pagamento de qualquer taxa ou figura equivalente. Deve ser absolutamente gratuita, desde

---

<sup>115</sup> Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 175.

<sup>116</sup> Marino Pazzagliani Filho, *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 164.

que, obviamente, o denunciante se limite a comunicar a ocorrência do fato que considera irregular.

O direito à gratuidade não terá lugar se ele pretender que algum serviço seja prestado pela Administração. Havendo, paralelamente à representação, a pretensão de obter algum serviço público, como, v.g., a emissão de uma licença, será devida a taxa legalmente instituída para o ato.

Outra observação é que a representação não estará limitada a fatos que digam respeito ao interesse direto do denunciante, pois o *direito de petição* serve à defesa contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder, não importando se a irregularidade é praticada contra o autor da representação, contra terceiro ou em prejuízo exclusivo do próprio interesse público.

Conforme assinala José Afonso da Silva<sup>117</sup>, há no direito de petição uma dimensão coletiva consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade. Pode se cuidar de uma simples queixa ou pode revestir-se do caráter de uma informação dirigida à autoridade, de forma a reunir também o que antes era chamado de *direito de representação*. Petição e representação, no atual regime constitucional, são direitos agregados no *direito de petição*, sobre o qual a autoridade não pode deixar de se pronunciar.

Assim, qualquer pessoa do povo, tendo conhecimento de alguma irregularidade na gestão dos bens ou serviços públicos, estará autorizada a formular a representação para denunciá-la, mesmo não tendo interesse direto no caso.

Diante destes pressupostos, seria absolutamente ilegal um eventual despacho de rejeição da representação calcado exclusivamente no fato dela ter sido formulada por quem não é diretamente interessado no assunto.

Assentadas essas premissas, cabe voltar a atenção diretamente ao § 1º do art. 14 da Lei 8.429/92, segundo o qual a representação deverá conter os seguintes requisitos formais: a) indicação da autoridade competente; b) forma escrita; c) qualificação e assinatura do denunciante; d) informações sobre o fato e a sua autoria; e) indicação das provas de que tenha conhecimento.

A indicação da autoridade tem a finalidade de conferir uma direção ao pedido, de forma a permitir o seu incontinenti encaminhamento a quem de direito. Não havendo este direcionamento, a maior demora na tentativa de identificar o destinatário da representação poderá redundar em prejuízo da própria investigação, pois crescem as chances de se apagarem vestígios da conduta ímproba.

---

<sup>117</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 443-444.

Havendo erro na indicação da autoridade, hipótese bastante plausível em face da complexidade de alguns órgãos públicos, não deve ser rejeitada a representação. A autoridade, por ato de ofício, deverá encaminhar a denúncia à autoridade competente, para que esta dê seguimento ao procedimento de investigação.

Assim, atenderá aos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse da Administração.

No que toca a este ponto, questão relevante diz respeito a eventuais medidas emergenciais que devam ser tomadas em defesa do interesse público e que poderiam ficar prejudicadas pela dilação provocada pelo envio da representação à autoridade competente. Nessa situação, e na medida do possível, deve a autoridade que se julga incompetente tomar as providências cabíveis para que se evite a consumação do prejuízo e só então enviar a representação a quem de direito.

A representação deve assumir a forma escrita para documentar com mais eficiência e precisão os fatos denunciados. Poderá ser oferecida já na forma escrita pelo seu autor ou, se este preferir, de forma oral, circunstância em que a autoridade deverá providenciar para que a representação seja reduzida a termo e em seguida firmada por ela, pelo denunciante e pelas eventuais testemunhas do ato.

A identificação do autor da denúncia, através da sua qualificação, tem importância na medida em que ele poderá ser convocado posteriormente a prestar depoimento no inquérito civil ou mesmo em procedimento criminal, o que torna indispensável sua perfeita qualificação. Além disso, caso se verifique que eram falsas as imputações atribuídas ao agente público, ele poderá arcar com as conseqüências civis e penais da falsa imputação.

O autor da denúncia deverá, sempre que possível, assinar a representação ou o termo a que ela é reduzida.

Evidente que, em alguns casos, não será possível a aposição da assinatura em função do analfabetismo ou até mesmo de alguma impossibilidade física do denunciante, hipótese em que a autoridade fará consignar este fato no termo. Sublinhe-se que, por analogia à Lei 10.054, de 07 de dezembro de 2000, na falta da assinatura não se deve fazer identificação datiloscópica do autor da denúncia, se ele apresentar documento de identidade reconhecido pela legislação. Caberá, neste caso, manter anexa à representação uma cópia do documento apresentado (art. 4º da Lei 10.054/2000).

Outra possibilidade, para o caso da testemunha não poder assinar a representação ou termo, é que alguém o faça em seu lugar, a rogo, conforme solução adotada pelo art. 216 do Código Penal.

Absolutamente fundamental é que a representação contenha a descrição do fato ímprobo, pois sem isso ela não será mais do que imprecisão de ordem pessoal do denunciante contra o agente público, passível, inclusive, de sanção criminal pelo crime de Injúria (art. 140 do Código Penal).

O fato que se considera irregular é o cerne ou núcleo da representação, sem o que ela perderia o seu sentido. Nenhum outro requisito previsto pela lei se equipara em importância com o fato reputado ímprobo.

Mesmo a autoria do fato, conquanto relevante, não se ombreia em importância com o próprio fato, pois ele, por si só, constitui motivo para levar adiante a apuração, seja ou não conhecido o seu autor.

Portanto, é imprescindível que o fato supostamente ímprobo seja narrado de forma substancial, o que exige o detalhamento das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que teria ocorrido, permitindo, assim, o seu perfeito conhecimento.

Tais circunstâncias são importantes não apenas para o juízo liminar de admissibilidade da representação pela autoridade administrativa, mas também para que o agente denunciado tenha pleno conhecimento das acusações que lhe são atribuídas e assim tenha oportunidade de se defender adequadamente, com o que estarão atendidos os *princípios do contraditório e da ampla defesa*, que a Constituição Federal garante a todos os litigantes nos processos administrativos e judiciais (art. 5º, inciso LV).

Diz o § 1º do art. 14, da Lei de Improbidade, que o autor da representação também deverá indicar as provas de que tenha conhecimento.

Note-se que não se exige que denunciante apresente as provas à autoridade administrativa, bastando indicá-las, ou seja, dizer quais são e onde podem ser encontradas. Se as tiver consigo, certamente que deverá apresentá-las.

Mas, se não for esse o caso, as indicará à autoridade para que esta tome as providências necessárias para obtê-las, valendo-se, se necessária, de autorização judicial para ter acesso a elas.

#### **4.5 Da rejeição da representação**

A lei sugere a rígida observância requisitos para a representação por improbidade, pois, de forma taxativa, o § 2º do art. 14 diz que a autoridade administrativa a rejeitará se não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º, conquanto o faça mediante fundamentação.

A interpretação deste dispositivo deve ser feita *cum granum salis*, pois não se pode atribuir às formalidades da representação importância superior ao interesse da Administração em averiguar e combater os atos de improbidade. Do contrário, não estaremos tratando de formalidades, mas de formalismos, coisas distintas e que devem ser devidamente sopesadas.

Não se pode, portanto, empregar excessivo rigor na interpretação do art. 14 da Lei 8.429/92, porque o interesse público deve prevalecer sobre as formalidades da representação.

A rigor, a rejeição de plano da representação somente pode ser justificada pela ausência de descrição de um fato concreto que justifique a investigação ou diante da clara inexistência de qualquer irregularidade na conduta descrita.

Não há exagero em afirmar que somente este aspecto constitui elemento essencial da denúncia.

Tudo o mais são elementos secundários, cuja ausência ou erro de forma não justifica a rejeição liminar da denúncia administrativa. Havendo a narração de um fato concreto, o interesse público recomenda o seguimento da representação, para que haja a devida investigação.

De qualquer modo, seja qual for o motivo da rejeição, ela deverá ser devidamente fundamentada<sup>118</sup>, atendendo-se, deste modo, ao *princípio da motivação* dos atos administrativos.

Este princípio, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>119</sup>, implica para a Administração o dever de justificar seus atos, dando ao conhecimento dos interessados os fundamentos de direito e de fato, bem como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada.

Assim, haverá fundamentação quando a rejeição estiver devidamente amparada em argumentos objetivos e racionais, em conexão com os fatos que foram trazidos à apreciação da autoridade competente.

#### **4.6 Da hipótese de delação anônima**

Um aspecto a merecer atenção especial é o da representação apócrifa, já que o § 1º do artigo 14 da Lei 8.429/92 dispõe que o seu autor deve ser devidamente qualificado, assinando o documento.

---

<sup>118</sup> Marino Pazzaglini Filho, *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 164.

<sup>119</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 112.

A letra fria da lei indica que não poderia haver denúncia anônima, já que menciona expressamente a necessidade da identificação do seu autor.

Entretanto, a questão não se resolve de forma tão simples, uma vez que a denúncia, mesmo sendo anônima, pode merecer a atenção da autoridade administrativa.

Não há dúvida de que a delação anônima traz alguns inconvenientes, como a impossibilidade de responsabilizar seu autor no caso da falsa atribuição de improbidade ao agente público.

Além disso, sob o aspecto político-institucional, o anonimato guarda mais intimidade com regimes totalitários do que com os democráticos, pois os primeiros normalmente admitem os processos secretos e sigilosos, enquanto os regimes democráticos primam pelo respeito ao *devido processo legal*, em que as acusações contra a pessoa devem ser transparentes e os processos devem garantir oportunidades para o *contraditório e a ampla defesa*.

São célebres casos em que o anonimato e as provas secretas proporcionaram grandes erros judiciários, como o rumoroso julgamento por traição do capitão Alfred Dreyfus, na França, em final do Século XIX, quando se comprovou, após a condenação do acusado à deportação perpétua para a Ilha do Diabo, que várias peças do dossiê secreto de acusação tinham sido forjadas, culminando com a anulação em 1899 da sentença condenatória prolatada em 1894, num processo que, conforme anota Hannah Arendt<sup>120</sup>, jamais terminou.

Explica-se, deste modo, o repúdio à denúncia anônima na ordem jurídica brasileira, com destaque ao inciso IV do art. 5º, da Constituição Federal, que admite a livre manifestação do pensamento, vedando, contudo, o anonimato, como também o fizeram as Constituições de 1891 (art. 72, § 12), de 1934 (art. 113, item 9), de 1937 (art. 122, item 15, alínea *d*) e 1945 (art. 141, § 5º). Somente não coibiram expressamente o anonimato as Cartas Constitucionais de 1824, 1967 e 1969 (EC 01/69).

Por outro lado, os princípios da legalidade e da moralidade (*caput* do art. 37 da CF) impingem ao administrador público o dever de zelar incondicionalmente pelo interesse público, em posição antitética com a exigência de que a investigação da denúncia de improbidade só ocorra se tiver autoria certa.

A questão da delação anônima já foi objeto de profícuos debates no Supremo Tribunal, embora em caráter incidental, quando da apreciação do Inquérito 1957, oriundo do Estado do Paraná.

---

<sup>120</sup> *Origens do totalitarismo*, p. 111-112.

Ali, onde se apurava improbidade em processo de licitação, o Ministro Marco Aurélio suscitou a questão da viabilidade de inquérito deflagrado por denúncia apócrifa. Sustentou o eminente ministro que o inquérito estava contaminado na origem e não poderia prosseguir, posto que a delação anônima não coaduna com o Estado Democrático de Direito, além de impedir a responsabilização por eventual crime de denúncia caluniosa, tese que, em linhas gerais, contou com a simpatia do Ministro Cezar Peluso.

Ponto de vista um pouco diverso foi albergado pelo Ministro Carlos Britto, que admitia a investigação a partir de denúncia anônima, embora concordando que ela não poderia servir como único elemento de convicção para o oferecimento de denúncia criminal pelo Ministério Público, posição que contou com a adesão dos Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, este último com fundamento no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, a ser sopesado em cada caso concreto, segundo orientação adotada também para a aceitação da prova criminal derivada de outra obtida ilicitamente.

Em seu voto, amparado em farta doutrina nacional e estrangeira, o Ministro Celso de Mello acentuou a existência de tensão axiológica entre a vedação constitucional à denúncia anônima (art. 5º, inciso IV, *in fine*) e a necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, em que os postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) tornam obrigatório o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público.<sup>121</sup>

Concluiu o Ministro Celso de Mello que a denúncia anônima, embora não permita a instauração formal de inquérito ou ação penal, não impede que o Poder Público adote *medidas informais*, destinadas a apurar, previamente, com *prudência e discricção*, a possível ocorrência de ilicitude, em ordem a promover, em caso positivo, a formal instauração da persecução, em completa desvinculação com as peças apócrifas.

---

<sup>121</sup> Está no voto do Ministro Celso de Mello o seguinte excerto: “Vê-se, portanto, não obstante o caráter apócrifo da delação ora questionada, que, tratando-se de revelação de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, existia, efetivamente, a possibilidade de o Estado adotar medidas destinadas a esclarecer, em sumária e prévia apuração, a idoneidade das alegações que lhe foram transmitidas, desde que verossímeis, em atendimento ao dever estatal de fazer prevalecer – consideradas razões de interesse público – a observância do postulado jurídico da legalidade, que impõe, à autoridade pública, a obrigação de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de eventos supostamente delituosos”.

Dele discordou, parcialmente, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao declarar que não via impedimentos para que se formasse, desde já, com base na denúncia anônima, a formal investigação.<sup>122</sup>

Em que pesem as divergências pontuais quanto ao aspecto formal da apuração, a manifestação do Supremo deixa claro que o administrador público não pode ignorar sumariamente uma delação anônima, embora a redação dos §§ 1º e 2º do art. 14, da Lei 8.429/92, induza o intérprete a pensar o contrário.

O real sentido da restrição legal é o de que não se pode inaugurar inquérito civil ou ação por improbidade que esteja fundada exclusivamente em denúncia de caráter apócrifo, pois isso vem a desprestigiar o princípio do *devido processo legal* e a dicção expressa do inciso IV do art. 5º da Carta Magna.

Não obstante isso, em última análise, o administrador terá que promover investigações informais, com prudência e discricção, como afirmou em seu voto o Ministro Celso de Mello, a fim de checar a procedência das denúncias apresentadas e, se for o caso, dar início à persecução administrativa com base nas provas materiais que obtiver.

#### **4.7 Procedimento administrativo e inquérito civil**

Ao cuidar da fase administrativa de apuração dos atos de improbidade, a Lei 8.429/92 alberga duas possibilidades de procedimentos, uma delas instaurada pela autoridade do órgão onde se deu a conduta desviante e outra deflagrada no âmbito investigativo do Ministério Público.

Para nenhum destes procedimentos há minuciosa previsão dos atos a serem praticados, embora se deva reconhecer que o pouco que existe é de grande importância porque dá contornos mínimos à investigação e cria para o administrador público o dever de apurar as irregularidades que chegarem ao seu conhecimento.

Mas é fato que nem mesmo em relação à denominação da investigação o legislador foi muito preciso. A denominação não é fundamental para definir a natureza e os fundamentos da

---

<sup>122</sup> Mostra-se válida a transcrição de trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “*Não obstante, não tenho dúvida alguma de que nem como prova, nem mesmo como elemento de informação da persecução penal a delação anônima possa ter qualquer valia, isso em função de outros princípios constitucionais do processo. Por outro lado, também reafirmo que a delação anônima não isenta a autoridade que a tenha em mãos dos cuidados para apurar a sua verossimilhança, ou a sua veracidade, e, em consequência, instaurar o procedimento formal*”.

investigação, mas uma maior precisão do legislador quanto a esse aspecto contribuiria para tornar o texto legal mais claro.

A lei utilizou indistintamente a expressão *inquérito* no art. 7º e *procedimento administrativo* no art. 15.

Contudo, no Capítulo V, onde estão localizadas as normas de caráter procedimental, a apuração é intitulada “processo administrativo”, circunstância que torna esta denominação preferível a *inquérito*.

A utilização do nome *processo administrativo* tem a vantagem de evitar confusões com a investigação eventualmente realizada pelo Ministério Público e que deve receber o nome de *inquérito civil*, em laços de coerência com a denominação utilizada no § 1º do art. 8º e no art. 9º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

Ademais, a denominação *processo administrativo* transmite a idéia de procedimento administrativo punitivo, de caráter interno e que atua como instrumento do direito administrativo disciplinar, tendo como sujeito passivo o servidor público em acepção lata.

Distingue-se o processo administrativo da denominada *sindicância*, definida por Ada Pellegrini Grinover<sup>123</sup> como “*meio de apuração sumária, prévia em relação ao processo administrativo e destinada a colher elementos informativos para a instauração, ou não, do processo administrativo ‘stricto sensu’*”.

Bem observa aquela autora que a sindicância, embora não tenha, geralmente, caráter punitivo, não deixa de ser uma espécie de processo administrativo, havendo até mesmo casos em que a legislação prevê a possibilidade de resultar em aplicação de penalidade.

É o que ocorre, por exemplo, o inciso II do art. 145 da Lei 8.112/90, que institui o Regime Jurídico Único dos servidores públicos da União. Neste dispositivo, é prevista a hipótese de aplicação de advertência ou suspensão de até trinta dias ao servidor, sendo-lhe garantida, porém, a ampla defesa, conforme dispõe o *caput* do art. 143.

No que diz respeito aos aspectos formais do *processo administrativo* previsto na Lei 8.429/92, o legislador não entendeu necessário descer a maiores detalhes, limitando-se a indicar a sua forma de flagração (art. 14), a sua condução por uma comissão (art. 15) e algumas comunicações a serem feitas ao Ministério Público, ao Tribunal ou Conselho de Contas e à procuradoria do órgão interessado (art. 15 e 16).

---

<sup>123</sup> *O processo em evolução*, p. 85.

O texto legal é bastante frugal quanto às questões procedimentais e sem dúvida exige esforço exegético doutrinário e jurisprudencial para ser compreendido em toda a sua extensão, sem dúvida muito maior do que transparece à simples leitura dos citados dispositivos.

Ressalta a Lei de Improbidade, no § 3º do seu art. 14, que em se tratando de atos imputados a servidores públicos federais, o procedimento a ser adotado na apuração administrativa é aquele previsto dos art. 148 a 182 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais). Exceção é feita aos servidores militares, que devem observar normas próprias.

A respeito dessa remissão legal, cabem duas observações, sendo uma delas a incompreensível ausência de menção aos art. 143 a 147 da Lei 8.112/90, que também integram as regras do processo administrativo disciplinar, aplicável aos servidores públicos federais civis, e congregam normas importantes, inclusive o dever agir de ofício para instaurar o procedimento se a autoridade tiver ciência de irregularidade no serviço público (art. 143).

Esta omissão legislativa, contudo, não tem o condão de tornar inaplicável a parte omitida, pois além de ser parte indissociável do procedimento, constitui, em alguns dos seus aspectos, corolário de regras e princípios constitucionais, como a moralidade e eficiência administrativa (*caput* do art. 37 da CF), de modo que fica suprida a omissão.

Por outro lado, o legislador teria sido bastante feliz se tivesse previsto expressamente a possibilidade da aplicação supletiva deste procedimento aos órgãos administrativos que não contem com procedimento previsto em lei própria, como certamente ocorre com inúmeros municípios de menor porte e que não raramente se ressentem da falta deste tipo de medida legislativa.

A previsão de aplicação suplementar ou subsidiária das apontadas normas facilitaria ainda mais o combate aos atos de improbidade, afastando a possibilidade de eventual inércia investigativa sob o pretexto de inexistir previsão legal para o respectivo procedimento.

Entretanto, haja ou não regras próprias e específicas, qualquer ato de improbidade pode ser delatado e deve ser apurado no âmbito administrativo, pois assim o autorizam os art. 14 e 15 da Lei 8.429/92.

Os atos procedimentais não precisam observar regras rígidas, bastando que se observem os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, sendo absolutamente legítimo que, em última análise, se adote, de forma supletiva, o procedimento aplicável aos servidores públicos federais, e até mesmo, naquilo que se fizer necessário, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Inadmissível é que o administrador público deixe de apurar denúncias de atos de improbidade que cheguem ao seu conhecimento, hipótese em que ele próprio poderá estar incorrendo em conduta ímproba, a teor do inciso II do art. 11 da Lei 8.429/92, que considera ato de improbidade *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*.

Importante ressaltar que ao investigado ou indiciado sempre deverão ser garantidos o contraditório e a ampla defesa, como determina expressamente o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Também deverão ser respeitados os princípios da publicidade (*caput* do art. 37 da CF) e da motivação dos atos administrativos.

Isso implica em proporcionar ao investigado o pleno conhecimento das suspeitas que pesam sobre ele e também em dar-lhe oportunidades para que faça sua defesa e apresente suas provas, sempre com prazos razoáveis, de acordo com a necessidade de cada situação.

Todo o procedimento deverá estar documentado por escrito e organizado em forma de autos processuais, iniciando-se com o ato da autoridade que determinar a abertura da investigação (portaria, resolução, ordem de serviço etc), seguida do documento que contém a representação contra o ato ímprobo. A partir daí, devem ser encartados os demais atos de documentação, como notificação do servidor para se defender, intimações de testemunhas, termos de depoimentos, despachos da autoridade processante e certidões eventualmente lançadas nos autos.

O desfecho do procedimento administrativo deve ser feito com o relatório da comissão processante, onde será lançado um resumo dos fatos e das providências adotadas durante o procedimento, culminando com a indicação das providências que eventualmente forem necessárias, como a proposta de aplicação de penalidade administrativa e o encaminhamento de cópias ao Ministério Público para o fim de ajuizar ação por improbidade ou ação penal.

Anota Ada Pellegrini Grinover<sup>124</sup> que, no Estado de Direito, a administração pública está sujeita aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, que devem preceder toda e qualquer imposição de pena. Neste contexto, a ação administrativa deve ser informada por um *mínimo denominador comum*, observando-se as seguintes linhas fundamentais: a) a publicidade dos procedimentos; b) o direito de acesso aos autos administrativos; c) a condenação do silêncio, com sanções aos responsáveis; d) a obrigação de motivar; e) a obrigatoriedade de contraditório e ampla defesa na formação de atos pontuais restritivos de direitos e de atos compositores de conflitos de interesses.

---

<sup>124</sup> *O processo em evolução*, p. 81-84.

#### 4.8 Efeitos do procedimento administrativo

O procedimento administrativo para investigação de ato de improbidade visa à coleta de informações que comprovem a ocorrência de condutas desviantes no exercício de função pública.

Evidencia-se o seu caráter instrumental, visto que servirá como base para a eventual aplicação de penalidade administrativa pela autoridade competente e ainda como substrato para o ajuizamento de ação de improbidade, ação criminal e ação civil pelos atos nele apurados, como indica o *caput* do art. 12 e o art. 22 da Lei 8.429/92.

Dada esta função meramente instrumental, o procedimento administrativo não estará sujeito à decretação da nulidade em face de irregularidades de caráter formal, como, por exemplo, a ausência de comunicação de sua abertura ao Ministério Público ou ao Tribunal de Contas, como determina o *caput* do art. 15 da Lei de Improbidade, visto que não comprometem a idoneidade dos elementos de convicção colhidos durante o procedimento.

Sobre isso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a ausência do Ministério Público em procedimento administrativo não o invalida<sup>125</sup>.

No entanto, a validade das provas nele colhidas estará condicionada ao respeito às normas orientadoras, devendo ser obtidas de forma lícita e com o respeito do princípio do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º da CF).

Anota Marino Pazzaglini Filho<sup>126</sup> que mesmo no inquérito civil, em que pese sua natureza inquisitiva, cumpre ao Ministério Público conciliar os interesses da investigação com os direitos fundamentais do agente público sob investigação, permitindo o acesso do respectivo advogado aos autos e às provas já documentadas e nele incorporadas.

Assim é que as provas obtidas no processo administrativo poderão eventualmente ser reconhecidas nulas e imprestáveis, caso não tenham sido observados os aludidos princípios e regras.

Observação relevante é a de que o ajuizamento da ação judicial pelo Ministério Público não está condicionado à prévia apuração administrativa, pois este órgão é dotado de independência funcional, nos termos do § 1º do art. 127 da Constituição Federal, e por isso pode agir de forma autônoma, desde que tenha elementos suficientes, quiçá documentais, da ocorrência de conduta ímproba.

---

<sup>125</sup> Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 7.777/PB (DJU 31.03.97, p. 9.644).

<sup>126</sup> *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 169.

De fato, em passagem alguma a Lei de Improbidade exige a prévia investigação administrativa como condição para o ajuizamento da ação, como denota o § 6º do art. 17, de modo que o Ministério Público poderá agir independentemente da prévia instauração do inquérito administrativo.

Esta autonomia do Ministério Público foi afirmada pelo Supremo Tribunal em voto do Ministro Celso de Mello, proferido no Inquérito 1957/PR, aplicando à ação por improbidade o mesmo raciocínio que já havia sido adotado nos casos de oferecimento de denúncia criminal independentemente de prévia investigação em inquérito policial, desde que evidenciada a materialidade do fato e presentes indícios da sua autoria, conforme julgamentos assentados nos Hábeas Corpus 63.213/SP e 77.770/SP, entre outros julgados.

## 5 ABORDAGEM INICIAL DA AÇÃO POR IMPROBIDADE

### 5.1 Definição

A Constituição Federal, ao estabelecer os parâmetros para a atuação dos agentes públicos, obriga-os a observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (art. 37, *caput*), além de estabelecer outras regras que concernem à Administração Pública, como aquelas atinentes a contratos públicos, ao regime jurídico dos servidores públicos e à responsabilidade civil do Estado.

Em conexão com os *princípios da legalidade e moralidade*, preceitua a Carta Magna que os atos de improbidade levarão à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação legal, sem prejuízo da ação penal cabível (§ 4º do art. 37).

No plano legislativo ordinário, a sanção aos atos de improbidade é disciplinada pela Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Excetua-se apenas as hipóteses em que os atos de improbidade são punidos como *crimes de responsabilidade* (Lei 1.079/50 e Decreto-lei 201/67). Isso sem prejuízo das sanções penais em processo criminal, como reza o citado dispositivo constitucional.

Surge a preocupação metodológica com a *definição* da ação por improbidade administrativa, sobretudo para determinar com precisão os seus contornos e no que ela comunga ou contrasta com outras ações.

Segundo Aristóteles<sup>127</sup>, aquilo que é peculiar a uma coisa pode ser classificado em *definição* e em *propriedade*, onde definição corresponde a descrever a *essência* da coisa e propriedade a tudo que dela faz parte, embora não forme a sua essência. Assim, a *definição* é uma *frase que significa a essência de uma coisa*, enquanto uma *propriedade* é um predicado que não indica a essência, embora pertença a ela e dela se predica de maneira conversível.

Neste sentido, podemos afirmar que a razão é o atributo que constitui a essência do homem, pois nenhum outro ser o possui em grau aproximado. A razão é algo que está presente somente no homem, constituindo a sua definição: o homem é um ser racional.

---

<sup>127</sup> *Tópicos*, p. 05 et seq.

Por outro lado, Aristóteles lembra que o sono e o caminhar são propriedades do homem, já que ele dorme e caminha. Todavia, embora façam parte dos seus atributos, não são exclusivos dele, pois outros seres fazem o mesmo.

Aplicando aqui este modo de pensar, é inviável *definir* a ação por improbidade, pois ela nada tem que seja *essencial*, não tem qualquer atributo que possa ser considerado exclusivo, tendo em conta o seu objeto, rito, legitimidade de agir ou sanções.

Há outras formas na ordem jurídica nacional de combater a improbidade e de aplicar inclusive as mesmas sanções, como a ação popular (Lei 4.717/65), o julgamento por crime de responsabilidade (Lei 1.079/50), a ação civil pública (Lei 7.347/85) e mesmo as ações penais comuns, em se considerando as punições previstas no art. 92 do Código Penal.

Pode-se afirmar, pois, que na ação por improbidade nada é exclusivo, salvo a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (incisos I, II e III do art. 12 da Lei 8.429/92), o que, contudo, não pode ser traço distintivo, visto que se trata apenas de uma sanção eventual ao ato ímprobo.

Mesmo não sendo passível de uma *definição* no sentido aristotélico, é insofismável que a ação por improbidade tem identidade própria. Se isso ocorre, todavia, não é porque ela tenha algum atributo exclusivo, mas sim pelo peculiar conjunto das suas *propriedades*.

Somente ela reúne elementos que anteriormente estavam pulverizados em ações de naturezas diversas e que, exatamente por isso, dificultavam sobremaneira a eficaz punição dos atos de improbidade.

Antes dela, apenas em julgamentos por crimes de responsabilidade era possível aplicar sanções como a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública, conforme a Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967. Em ações penais, só como sanções secundárias, desde que satisfeitas as condições do art. 92 do Código Penal.

Contudo, os julgamentos políticos raramente acontecem no Brasil, circunstância que torna este sistema punitivo absolutamente ineficiente para o controle da improbidade administrativa.

A punição criminal também peca pela ineficácia, sobretudo pela demora dos processos que freqüentemente desembocam na prescrição e na conseqüente extinção da punibilidade do agente, fenômeno que se agigante nas hipóteses de foro privilegiado, em decorrência da insuficiência estrutural do Superior Tribunal de Justiça e principalmente do Supremo Tribunal Federal para instruir e julgar ações desta natureza.

Justamente por isso a ação por improbidade veio a se constituir num importante instrumento para a repressão aos atos de improbidade. Esta expectativa, porém, ficou bastante frustrada diante da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>128</sup> no sentido de excluir os agentes políticos do âmbito da ação por improbidade e submetê-los exclusivamente ao julgamento por crime de responsabilidade, em que prevalece o foro privilegiado.

Outra vantagem da lei é que, com a multa civil e a proibição de acesso a incentivos fiscais ou creditícios, foi ampliado o leque de sanções por desvios de conduta na Administração, o que pode tornar ainda mais eficaz a punição por desmandos no trato da coisa pública.

Ponto fundamental é a atribuição de legitimidade concorrente disjuntiva ao Ministério Público e ao próprio ente político interessado na punição do ato ímprobo (art. 17, *caput*, da Lei 8.429/92), o que confere maior efetividade à pretensão punitiva deste tipo de conduta.

A favor da ação de improbidade há também o fato de que o seu prazo prescricional, fixado em cinco anos (inciso I do art. 23), somente passa a fluir do momento em que termina o mandato, cargo em comissão ou função de confiança, o que dificulta a consumação da prescrição, se comparada com a prescrição penal.

Com efeito, no âmbito penal a prescrição começa a correr da data da prática do ato criminoso (art. 111, incisos I e III, do Código Penal), ao qual pode suceder ainda muito tempo no exercício da função ou cargo, de forma a dificultar ou até mesmo inviabilizar a verificação do ato delituoso e a sua punição.

Ainda na seara prescricional, a ação por improbidade tem a vantagem de interromper a prescrição a partir do momento em que é proposta, assim permanecendo enquanto durar o processo, como em qualquer ação de natureza civil, por força do inciso I do art. 202 do Código Civil, combinado com § 1º do art. 219 do Código de Processo Civil.

Não há nela a possibilidade de prescrição intercorrente, como ocorre nas ações penais (§ 2º do art. 117 do Código Penal), que frequentemente provoca a extinção da punibilidade do réu em função da demora na apuração do crime ou da lentidão do processo judicial.

A reunião de todos estes elementos faz da ação por improbidade algo novo, com identidade própria, embora nada nela seja exclusivo. Distingue-se, sobretudo, por se constituir em procedimento de natureza civil, como modelo alternativo para a punição das condutas ímprobadas dos agentes públicos.

---

<sup>128</sup> Sobre essa interpretação do STF, vide Reclamação 2138, julgada em 13 de junho de 2007.

## 5.2 Natureza jurídica da ação

Uma das grandes controvérsias a respeito da ação por improbidade administrativa reside na sua natureza jurídica, questão que adquire grande importância para a análise dos seus institutos e dos efeitos das sentenças nela proferidas.

Esta investigação deve ter como referência o *objeto* da ação, que Marcelo Figueiredo<sup>129</sup> observa ser múltiplo, pois visa à reparação do dano, à decretação da perda dos bens ilicitamente obtidos e à aplicação das demais penas do art. 12 da Lei 8.429/92.

A polêmica se estabelece em dois aspectos principais: se a ação é de índole penal ou civil; e se ela consiste em tutela individual ou tutela coletiva.

Sobre a natureza civil ou penal da ação, intenso foi o debate entre os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 2.139, em que se discutiu a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, tendo prevalecido o entendimento, ao menos naquele feito, de que as respectivas sanções têm *forte conteúdo penal* e por isso também se submetem aos foros especiais por prerrogativa de função, previstos na Constituição Federal para as ações penais por crimes comuns e de responsabilidade.

Com a máxima vênua, nada justifica que se atribua natureza penal às sanções da lei de improbidade, ainda que possam ser consideradas severas.

Sequer no âmbito penal a *perda de função* ou a *suspensão de direitos políticos* podem ser vistas como sanções de *conteúdo penal*, na medida em que não desfrutam desta condição no Código Penal.

Com efeito, abalizada doutrina considera que a condenação penal produz efeitos *principais* e *secundários*. Efeitos principais são as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, pecuniária e eventual medida de segurança.

A perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, inciso I, do CP) são *efeitos secundários extra penais* da condenação, da mesma forma que a incapacidade para o exercício do poder familiar e a inabilitação para dirigir veículo (art. 92, II e III).<sup>130</sup>

Em que pesem as respeitáveis dissensões, o rigor da sanção, aqui entendido como a grave alteração no estatuto jurídico da pessoa, não é critério para lhe atribuir caráter penal.

Se assim fosse, o mesmo raciocínio deveria ser aplicado à prisão por dívida de alimentos. Em razão do seu *forte conteúdo penal*, também competiria ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça julgá-la se o devedor tiver a prerrogativa de foro

---

<sup>129</sup> *Probidade administrativa*, p. 191.

<sup>130</sup> Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 635-636; Julio F. Mirabete, *Manual de direito penal*, p. 356.

por exercício de função. Não é algo que se possa imaginar, a não ser adotando premissas à margem do direito positivo.

No que toca à natureza das sanções, existe quase consenso de que não há diferença ontológica entre *crime* e *ilícito civil*, na medida em que ambos constituem infrações ao ordenamento jurídico. A diferença entre eles é formal, quando o legislador estabelece quais ilícitos devem ser reprimidos através de sanção penal.<sup>131</sup>

Conforme assevera Heleno Cláudio Fragoso<sup>132</sup>, *crime* é conceito essencialmente jurídico (critério formal), assim rotulada a ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de *pena*. Desta maneira, não existe um conceito naturalístico, sociológico ou criminológico de delito. Crime é conceito normativo, são proibições ou mandados estipulados pelo legislador sob ameaça de pena.

Bem assinala o apontado autor que “*não basta aludir a um desvalor da vida social. Em qualquer caso, a existência de um crime depende da incriminação do fato por aqueles que, em determinado país e em certo momento histórico, têm o poder de editar a norma penal*”.

Manoel Pedro Pimentel<sup>133</sup> também conclui que a definição formal de crime é a única possível, uma vez inatingível um conceito material.

Mostram-se corretas, sob este ponto de vista, as observações de Gustavo Senna Miranda<sup>134</sup>, de que os atos de improbidade administrativa têm inquestionável natureza civil. A começar pelo fato de que o legislador, em algumas hipóteses, se valeu da técnica do conceito jurídico indeterminado (violação de princípios), incompatível com a tipicidade normativa do direito penal. Ademais, nenhum dos atos de improbidade tem como sanção a privação da liberdade.

Com efeito, a maior característica da sanção penal é a privação da liberdade, seja como consequência única ou como resultado da conversão de pena alternativa (pena restritiva de direitos).

Em abono deste entendimento diz o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941), que é considerado crime a infração a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, de forma isolada, alternativa ou cumulativa com a pena de multa.

---

<sup>131</sup> Julio F. Mirabete, *Manual de direito penal*, p. 85-86; Damásio de Jesus, *Direito penal*, p. 159-160.

<sup>132</sup> *Lições de direito penal*, p. 147-148.

<sup>133</sup> *O crime e a pena na atualidade*, p. 10.

<sup>134</sup> *Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade...*, p. 485-490.

Tal é o que se percebe também na sistemática do Código Penal vigente, ao prever expressamente a conversão de penas restritivas de direito em pena de prisão (§ 4º do art. 44).

É certo que a isolada pena de multa não mais pode ser convertida em pena de prisão, após a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 51 do Código Penal pela Lei 9.268, de 1º de abril de 1996.

Mesmo assim, a condenação à pena de multa ainda conserva sua natureza penal, visto que pode gerar a reincidência (art. 63 do CP), o que sabidamente não ocorre com a condenação por ato de improbidade administrativa.

Não bastassem estes argumentos, a própria Constituição Federal cuida de acentuar a autonomia de instâncias entre a punição por improbidade e as sanções penais, ao dispor, no § 4º do art. 37, que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, *sem prejuízo da ação penal cabível*.

Portanto, a distinção entre as sanções por improbidade administrativa e por transgressão penal é feita pela própria ordem constitucional, não havendo como equipará-las.

Inegável, em razão destes fundamentos, a *natureza civil* da ação, por meio da qual, na observação de Wallace de Paiva Martins Júnior<sup>135</sup>, se protege a probidade administrativa por meio da repressão jurisdicional civil a três espécies atos de improbidade.

Sustentam vários respeitáveis autores<sup>136</sup> que a ação por improbidade administrativa tem *natureza coletiva* e visaria à defesa de *interesses difusos*.

Pensamos, todavia, que a ação por improbidade tem natureza *mista*, visto que não é estritamente individual e nem genuinamente coletiva.

Nota-se que a expressão *tutela coletiva* tem sido utilizada sem grandes preocupações com a precisão terminológica, muitas vezes para abarcar qualquer ação onde haja *interesse público* ou *interesse social*, em contraposição à idéia de interesse privado.

Contudo, como bem anota Carlos Alberto de Salles<sup>137</sup>, nas ações coletivas, o *público* é definido em contradição ao individual e não ao privado, indicando aqueles interesses pertencentes à generalidade das pessoas.

Equivocadamente, costuma-se rotular como *ações coletivas*, indistintamente, a ação civil pública, a ação popular e mesmo a ação por improbidade administrativa (quase sempre

---

<sup>135</sup> *Probidade administrativa*, p. 207.

<sup>136</sup> Entre eles: José Antônio Lisboa Neiva, *Improbidade administrativa*, p. 119; Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, p. 91 e 100.

<sup>137</sup> *Processo civil de interesse público*, p. 40.

ajuizada por meio de ação civil pública), o que denota o uso indiscriminado e nem sempre adequado daquela expressão.

É o que sucede, por exemplo, com Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>138</sup>, segundo o qual a ação civil pública é utilizada em diversas situações de julgamento de conflitos meta-individuais, nos quais inclui a improbidade administrativa, como se coletiva também fosse.

No entanto, este mesmo autor reconhece que uma ação é *coletiva* quando “*algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe*”<sup>139</sup>, ou seja, quando os interesses materiais ou corpóreos ultrapassarem a esfera puramente individual.

O equívoco é manifesto e decorre de se considerar sinônimas as expressões *interesse meta-individual* e *interesse coletivo*, quando, na realidade, entre elas existe relação de gênero e espécie.

Em parte, isso se deve ao fato de subsistir dupla e simultânea visão do patrimônio público, como bem objeto do *interesse público* (estatal) e de *interesse difuso* (da coletividade), conforme anota Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida<sup>140</sup>, sendo que a primeira visão é albergada pelo art. 18 da Lei 8.429/92 e a segunda pelo art. 13 da Lei 7.347/85.

*Interesse meta-individual* ou *supra-individual* é gênero, do qual são espécies o *interesse público*, o *interesse social* e o *interesse coletivo*, cada qual com o seu próprio significado.

Em que pesem as dificuldades para determinar o conceito de interesse público e interesse social, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz<sup>141</sup> anota que a Constituição Federal vigente procura distingui-los, se referindo a *interesse público* quando ordinariamente evocada a figura do Estado e o interesse da Administração Pública (art. 19, I; art. 37, IX; art. 57, § 6º, II e outros). Na conhecida classificação de Renato Alessi, este seria o interesse público *secundário*.

O *interesse social*, por sua vez, segundo Camargo Ferraz, seria aquele concernente à sociedade ou coletividade como um todo, coincidindo, em certa medida, com o que Renato Alessi classifica como *interesse público primário*. Neste sentido é utilizado pela Constituição Federal quando prevê a desapropriação por interesse social (art. 5º, inciso XXIV) e quando protege os inventos, marcas e signos distintivos de empresas (art. 5º, inciso XXIX).

---

<sup>138</sup> *Ação Popular*, p. 27.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>140</sup> *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, p. 27.

<sup>141</sup> *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*, p. 61-63.

Poderíamos acrescentar no rol dos *interesses sociais* protegidos pela Constituição a *probidade administrativa*, a teor do § 4º do art. 37.

Se estas noções teóricas são bastante aceitáveis, na vida prática pode não ser tão simples, pois, como alerta José Eduardo Faria, em interessante trabalho de doutrina<sup>142</sup>, a noção de *interesse público*, dos anos 90 para cá, vem ficando cada vez mais esvaziada, mais retórica e mais difícil de ser aplicada numa sociedade tão dividida e tão desigual como a brasileira.

É o que também diz Camargo Ferraz<sup>143</sup>, observando que em alguns setores da vida social os conflitos são muito comuns, criando dificuldades pragmáticas para alcançar a plenitude dos chamados *interesses sociais*.

De qualquer modo, diz este autor que há várias coincidências entre os interesses sociais e os interesses difusos, mas estes seriam apenas espécies daqueles, porquanto os interesses difusos recairiam sobre bens corpóreos (como o meio ambiente), enquanto os interesses sociais diriam respeito também a bens imateriais, identificados com princípios, normas e valores essenciais para a vida social.

Entende, porém, que esta distinção não tem repercussão prática quanto ao sistema de tutela dos mesmos.<sup>144</sup>

Com a devida vênia, esta afirmação não está correta quando se trata de distinguir interesse público e interesses coletivos (interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), se observados os seus fundamentos.

A tutela coletiva surgiu em contraposição à tutela individual clássica, trazendo consigo altas indagações em relação a institutos processuais como a legitimação, os poderes do juiz no processo e os limites da coisa julgada, que tiveram de passar por mudanças conceituais e legais para adaptação ao novo modelo de atuação jurisdicional.

Também é importante salientar que a *tutela coletiva*, mormente no que diz respeito à proteção dos chamados *interesses difusos*, representou importantes mudanças em termos políticos e ideológicos.

É o que ensina Ada Pellegrini Grinover<sup>145</sup> ao preconizar que a proteção aos interesses difusos seria a resposta a uma litigiosidade que exige solução macroscópica, por envolver um feixe de relações jurídicas, incompatível com a solução microscópica da tutela individual. São

---

<sup>142</sup> A definição do interesse público, p. 79-90.

<sup>143</sup> Considerações sobre interesse social e interesse difuso, p. 67.

<sup>144</sup> Ibid., p. 69.

<sup>145</sup> O processo em sua unidade, p. 88-93.

interesses de massa, relativos à defesa do meio ambiente, à tutela do consumidor e à proteção dos valores culturais e espirituais, entre outros.

Neste contexto, diz a citada autora, há contraposição de interesses entre grupos, em que o reconhecimento da existência de interesses difusos e a sua tutela implica em acolher novas formas de participação, como instrumento de racionalização do poder, fazendo com que os *grupos intermediários* (sindicatos, associações e outros) passem a ter novas e importantes tarefas, para contrapor-se à opressão das maiorias, aos interesses dos grandes grupos econômicos, à indiferença dos poluidores e à inércia dos burocratas.

Percebe-se, pois, que a *tutela coletiva* torna recorrente, também, o tema do poder processual – e, por conseqüência, poder político – conferido aos órgãos legitimados para pleiteá-la, donde surge a compreensível tendência destes órgãos de incluir neste tipo de tutela toda e qualquer demanda que não diga respeito exclusivamente a um interesse individual.

Todavia, esta acentuada conotação política da tutela coletiva acaba induzindo a exageros, que culminam por prejudicar a sua própria compreensão, na medida em que envolvam outros interesses meta-individuais (interesse público ou interesse social), que podem não ter o perfil de interesse coletivo.

Ada Pellegrini Grinover<sup>146</sup> observa que, no campo dos direitos meta-individuais ou supra-individuais, é ambígua e contraditória a terminologia utilizada, sendo necessário distinguir interesses coletivos, interesses difusos e interesses super-individuais.

Esmiuçando este tema, diz a citada autora que o *interesse público*, exercido com relação ao Estado (interesse à ordem pública, à segurança pública), também é meta-individual, mas constitui interesse de que todos compartilham, suscitando problemas que ainda se colocam na perspectiva clássica indivíduo contra Estado.

Já os *interesses coletivos*, afirma ela, são comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, repousando sobre um vínculo jurídico comum, como a sociedade comercial, o condomínio e família, que dão margem ao surgimento de interesses comuns.

Num plano mais complexo, situa-se o outro grupo de interesses meta-individuais, denominados *interesses difusos*, compreendendo interesses que não encontram apoio numa relação-base definida, caso em que o vínculo das pessoas se deve a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, freqüentemente acidentais e mutáveis, como habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob denominadas condições sócio-econômicas ou sujeitar-se a determinados empreendimentos.

---

<sup>146</sup> Loc. cit.

Ada Pellegrini<sup>147</sup> anota ainda que a filosofia dos processos coletivos é facilitar o acesso à justiça, para que a causa seja tratada “molecularmente” e não atomizadamente, evitando a fragmentação e contradição das decisões judiciais.

Entendida nestes termos, a *tutela coletiva* não se aplica à defesa do simples interesse público, em que o Estado aparece como sujeito definido da relação jurídica controvertida. Neste tipo de situação, os sujeitos de direito são perfeitamente identificados (Estado *versus* indivíduo), assim como o objeto do direito também é claramente divisível e individualizado.

A noção abstrata de interesse público, ou mesmo de interesse social, não se coaduna com os fins práticos e instrumentais do processo, cuja finalidade primordial é eliminar as situações de conflito na sociedade.

A típica *tutela coletiva*, com os seus mecanismos peculiares, não foi instituída para proteger conceitos abstratos e muitas vezes vagos, mas para solucionar conflitos de massa, proporcionando o acesso efetivo à justiça a quem não teria meios de agir individualmente (ou o faria com alto grau de dificuldades) e ensejando soluções que no sistema tradicional não seriam possíveis.

No caso dos interesses trans-individuais, este acesso tem dimensão social e política, assumindo feição própria e peculiar no processo coletivo, ao cuidar do interesse de uma coletividade formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

Neste ponto, cabe inçar novamente o magistério de Ada Pellegrini Grinover, no tocante à Teoria Geral dos Processos Coletivos<sup>148</sup>, com princípios e institutos próprios do processo coletivo.

Entre outras coisas, destaca a citada autora o *princípio do acesso à justiça*, segundo o qual, além do acesso formal aos tribunais, há o direito de alcançar, por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados, o que inclui, segundo parâmetros emprestados de Mauro Cappelletti, o *modo de ser do processo*, “*cuja técnica processual deve utilizar mecanismos que levem à pacificação do conflito, com justiça*”.

Dentre estes mecanismos, podem ser destacados os poderes incomensuravelmente maiores do juiz no processo coletivo, os quais, nas *class actions* do direito norte-americano, recebem o nome de *defining function*. Estes poderes implicam a flexibilização da técnica processual, por exemplo, na interpretação do pedido e da causa de pedir, bem como a

---

<sup>147</sup> *Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*, p. 144.

<sup>148</sup> *Direito processual coletivo*, p. 302-308.

suspensão de processos individuais, em determinadas circunstâncias, até o trânsito em julgado da sentença coletiva.

Na conexão, continência e litispendência, podem ser interpretados extensivamente o pedido e a causa de pedir, pois o que se deve ter em mente é o *bem jurídico a ser protegido*. Afasta-se, desta forma, a interpretação restritiva do pedido, que constitui regra nas ações de cunho individual (art. 293 do CPC).

Seguindo os mesmos conceitos, a diferença de legitimados não será empecilho para o reconhecimento da identidade de sujeitos, o que deve facilitar a reunião de processos e conferir um âmbito maior de aplicação à litispendência. Trata-se de medida indispensável, visto que na técnica do processo coletivo é comum atribuir a legitimidade ativa autônoma e concorrente a mais de uma pessoa ou órgão.

No processo coletivo, o ônus da prova pode ser invertido, *ope judicis*, podendo caber a quem tiver maior proximidade com os fatos e maior facilidade para demonstrá-los.

A coisa julgada, que na tutela individual fica rigorosamente restrita às partes (art. 472 do CPC), tem regime próprio no processo coletivo, podendo produzir efeitos *erga omnes*, por vezes *secundum eventum litis* (a depender do resultado do julgamento) e *secundum eventum probationis* (a permitir ajuizamento de outra ação com base em novas provas).

De outra parte, enquanto no processo individual a liquidação da sentença condenatória abrange apenas o *quantum debeatur*, no processo coletivo a liquidação de sentença condenatória à reparação de danos individualmente sofridos (interesses ou direitos individuais homogêneos) exige a demonstração destes danos.

Várias destas técnicas processuais estão inseridas no Projeto de Lei 5.139/2009, de autoria do Poder Executivo, em tramitação na Câmara Federal, por meio do qual se estabelece novo regime legal para a ação civil pública.

Dos apontados princípios, certamente não se aplicam à improbidade administrativa a inversão do ônus da prova e a liquidação coletiva, posto que incompatíveis com este tipo de ação.

Ações coletivas, segundo Patrícia Miranda Pizzol<sup>149</sup>, são aquelas que visam à tutela de direitos coletivos *lato sensu*, cujo conceito é encontrado no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Estes direitos coletivos compreendem três espécies: o direito difuso, o direito coletivo *stricto sensu* e o direito individual homogêneo.

---

<sup>149</sup> *Coisa julgada nas ações coletivas*, p. 10.

Patrícia Pizzol ressalta que a partir do pedido formulado pelo autor é que se identifica se a ação se destina à tutela de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Por estes parâmetros, verifica-se que a ação por improbidade não tem genuína natureza coletiva, pois a pretensão nela deduzida é voltada, principalmente, ao exercício do *ius puniendi* do Estado.

Mesmo quando há pretensão ao ressarcimento de prejuízo causado ao Erário, a ação não deixa de ter natureza individual, visto que há direito perfeitamente divisível e titularidade individualizada.

O fato de haver legitimidade ativa concorrente e disjuntiva para a ação, no caso, do Ministério Público e da entidade que sofreu os danos provocados pela conduta desviante, não retira a natureza individual do seu objeto, mesmo que se admita a defesa de valores abstratos como o *interesse público* ou o *interesse social*.

Todavia, como antes dito, o interesse coletivo se contrapõe ao individual e não ao privado. Além disso, o direito coletivo se identifica com bens corpóreos e materiais e não com valores ou bens imateriais.

Se a ação por improbidade tem algum parentesco científico-processual com as ações coletivas, se restringe à possibilidade de relações com outras ações e à extensão da coisa julgada.

No primeiro caso, utilizam-se os mecanismos da tutela coletiva para resolver questões como a litispendência, a conexão e a continência com ação popular e ação civil pública que eventualmente tenham a mesma causa de pedir. No segundo, para verificar se a coisa julgada pode atingir também o co-legitimado que não foi o autor da ação.

Em sintonia com as idéias aqui traçadas, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>150</sup>, elaborado no ano de 2004 por eminentes processualistas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entre eles a Professora Ada Pellegrini Grinover e o Professor Kazuo Watanabe, incluía a ação por improbidade administrativa no Capítulo V, das ações populares, mas ressaltava, no art. 43, que ela continuaria sendo regida pelas disposições da Lei 8.429/92, assim como o art. 42 previa que a ação popular constitucional continuaria sendo disciplinada pela Lei 4.717/65.

No caso, segundo aquele Anteprojeto, ambas as ações se submeteriam ao Capítulo I do Código, que cuidava das regras gerais das demandas coletivas, mas não seguiriam o

---

<sup>150</sup> Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 07-24.

procedimento da ação coletiva ativa, regulada no Capítulo II, conservando, cada uma delas, seu próprio procedimento.

O referido Anteprojeto serviu de inspiração ao Poder Executivo para a elaboração de um anteprojeto da nova lei da ação civil pública, que recebeu na Câmara Federal, onde ainda tramita, o n. 5.139/2009.

Neste Projeto de Lei, nenhuma modificação é prevista para a Lei 8.429/92, que continuaria a reger a ação por improbidade administrativa.

Há coerência neste posicionamento, porque a ação por improbidade realmente não tem as características de autêntica ação coletiva. Sob o ângulo do seu objeto, tem natureza individual, porque a relação jurídica base que gera a demanda é integrada por sujeitos perfeitamente definidos (Estado *versus* agente ímprobo), assim como os interesses envolvidos são claramente divisíveis (ressarcimento ao Estado, imposição de sanções aos agentes públicos e terceiros que tenham praticado o ato ímprobo).

É de se reiterar, contudo, que estes pontos de interseção ocorrerão somente em relação à pretensão de ressarcimento de prejuízos causados ao ente público e de perda de bens adquiridos com proveito da ilicitude, porque, no mais, não há pontos de convergência entre a ação por improbidade e aquelas outras, na medida em que lhe são específicas as sanções perda do cargo, suspensão dos direitos políticos, aplicação da multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios creditícios e financeiros.

Se, por ventura, não houver pedido de ressarcimento ou perda de bens na ação por improbidade, não haverá fundamento para reconhecer a litispendência, conexão ou continência com ação popular e ação civil pública, porque nestas não se pode cogitar, por estranheza do objeto processual, daquelas sanções que são específicas da ação por improbidade, conforme a feição traçada pela Lei 8.429/92.

Em face da diversidade de objetos, não haveria qualquer risco de contradição com a sentença proferida em ação popular ou ação civil pública, em que usualmente o autor pretende a anulação de ato ou contrato administrativo, acompanhada do ressarcimento dos prejuízos causados ao patrimônio público ou da perda de bens adquiridos pelo agente ímprobo com a infração.

De qualquer modo, mesmo havendo o pedido de ressarcimento ou perda de bens, a ação por improbidade não adquire natureza *genuinamente coletiva*, pois os sujeitos da relação jurídica-base são perfeitamente identificados, mesmo que o Ministério Público atue como substituto processual do ente público, e divisível o objeto da ação (ressarcimento do Estado e aplicação de outras sanções individuais ao réu).

Cumpra anotar que esta ação não tem por objeto a declaração da invalidade do ato ou contrato que deu origem à improbidade. Esta suposta invalidade atua exclusivamente de forma incidental no processo, como *causa de pedir* das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Incabível, pois, pedido simplesmente declaratório em ação por improbidade, embora não se possa descartar a possibilidade de ação declaratória incidental, segundo os parâmetros dos art. 5º, 325 e 470 do Código de Processo Civil.

Cabível, aqui, a transposição do raciocínio de Rodolfo de Camargo Mancuso, tecido para a ação popular, mas que se enquadra perfeitamente na ação por improbidade administrativa.

Diz o citado autor<sup>151</sup> que o pedido meramente declaratório não pode se configurar em ação popular, que tem necessariamente o cunho condenatório e desconstitutivo, por sua própria natureza e finalidade. Por isso, formulado apenas o pedido declaratório, implicaria na carência de ação por falta de interesse processual.

O mesmo se diga da ação por improbidade, cujo objetivo é a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, não fazendo o menor sentido que nela seja formulado pedido meramente declaratório.

Do exposto, pode-se concluir que a ação por improbidade tem natureza civil e coletiva mista.

### 5.3 Fundamentos constitucionais

Sendo o Estado brasileiro uma república democrática representativa, em que todo poder emana do povo (art. 1º e seu *parágrafo único* da Constituição Federal), a exigência de probidade na gestão da coisa pública torna-se quase tautológica porque se presume que os representantes do povo exercerão seus mandatos sob a inspiração do *bem comum*.

Algo diferente disso certamente funcionará como corrupção da idéia de república, pois, como diz James Madison<sup>152</sup>, uma *república* digna desse nome “*é um governo que extrai todos os seus poderes direta ou indiretamente da grande maioria do povo e é administrado por pessoas que conservam seus cargos enquanto são aprovadas e por um período limitado, ou enquanto exibem bom comportamento*”.

---

<sup>151</sup> *Ação popular*, p. 65-66.

<sup>152</sup> *Os artigos federalistas*, p. 278-279.

Sublinha Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>153</sup> que a democracia contemporânea ou *poliarquia* consiste numa forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha dos governantes, a fim de que estes sirvam os seus interesses. O governo deve atender ao interesse do povo. Só haverá poliarquia caso a minoria governante seja capaz de levar em conta o interesse geral.

Por isso, diz este mesmo autor<sup>154</sup>, a corrupção é particularmente grave numa democracia, pois desfigura o regime representativo, desmoraliza o Poder e leva à perda da sua legitimidade.

Nestes termos, é incompatível com o *princípio republicano* e com o *regime democrático* que o governante ou qualquer agente público desvirtue o sistema para satisfazer seus próprios interesses.

Judiciosas são as palavras de Tocqueville<sup>155</sup> sobre a importância, numa democracia, dos governantes agirem de acordo com o bem comum, pois “*para o bem das nações é importante que os governantes tenham virtudes ou talentos; mas o que talvez seja ainda mais importante é que os governantes não tenham interesses contrários à massa dos governados, pois, neste caso, as virtudes podem tornar-se quase inúteis e funestos os talentos*”.

Portanto, o princípio republicano pressupõe, naturalmente, a idéia de probidade administrativa.

Nossa Carta Magna é pródiga em proclamar e reforçar, em várias passagens, a exigência de probidade dos agentes públicos brasileiros.

Em linha de princípio, a exigência de probidade é reflexo direto da indicação da moralidade administrativa como um dos princípios fundamentais da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

De forma mais específica, ao dispor sobre os direitos políticos, no *caput* do art. 14, informa que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, mas ressalva, no § 9º do mesmo dispositivo, que lei complementar preverá casos de inelegibilidade e os prazos da sua cassação, a fim de *proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato*.

No inciso V do seu art. 15, a Constituição autoriza a cassação dos direitos políticos por improbidade administrativa.

---

<sup>153</sup> *A democracia no limiar do século XXI*, p. 31-33.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>155</sup> *A democracia na América*, p. 180.

O § 4º do art. 37, por seu giro, dispõe que 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 mesma senda, o inciso V do art. 85 prevê como crime de responsabilidade, a ser definido em lei especial, o ato do Presidente da República que seja atentatório à probidade na administração.

Em face destes fundamentos, a ação por improbidade, disciplinada na Lei 8.429/92, se constitui no instrumento por excelência de concretização e máxima efetividade da idéia de probidade como ideal republicano.

Não se trata pura e simplesmente de *mais uma* ação, mas de inestimável instrumental criado pelo legislador ordinário para fazer valer e consolidar a probidade como um dos valores mais altos do regime constitucional brasileiro.

Por isso, mais do que observar conexões de ordem lógico-formal, sua interpretação deve levar em conta os fundamentos da República e da própria democracia.

#### **5.4 Missão constitucional**

O intérprete deve ter em vista a natureza e a importância da ação por improbidade como instrumento de punição dos agentes públicos ímprobos. E, assim, não perder a noção da sua exata dimensão constitucional, seja para não menoscá-la e nem para banalizá-la.

Um exame atento do § 4º do art. 37, da Constituição Federal, e de outros dispositivos constitucionais que mencionam a improbidade administrativa, conduzirá à conclusão de que são graves as conseqüências para o agente que trai o seu compromisso de probidade com a Administração, como a perda da função e a suspensão dos direitos políticos.

Em linha de coerência com as previsões constitucionais, o art. 12 da Lei 8.429/92 é igualmente severo com a improbidade administrativa. Não há, ali, brandura nas sanções.

Tais circunstâncias denotam a elevada importância que o Poder Constituinte e o legislador ordinário atribuíram à luta contra a improbidade administrativa.

O que se extrai disso é que não se pode menosprezar ou mesmo relativizar a importância da ação por improbidade como instrumento que busca cumprir a missão constitucional de combater com veemência e eficácia os desvios praticados por agentes públicos.

Em outras palavras, a ação por improbidade tem primazia constitucional. Não se trata de instrumento processual de índole comum. Por isso, sua compreensão e interpretação devem ser feitas também segundo as balizas de ordem constitucional.

Por outro lado, por sua severidade e profundo impacto, não pode ter seu uso banalizado, como se fosse instrumento de correição administrativa.

Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>156</sup> chama a atenção para o excessivo *caráter aberto* da Lei 8.429/92, visto que apenas define os tipos de improbidade administrativa, nos art. 9º, 10 e 11, mas não apresenta nenhuma definição de *ato ímprobo*.

Em razão desta particularidade, o mencionado autor diz que é necessário ter prudência no ingresso de ações de improbidade, para que não seja enfraquecida e se torne impotente, vulgarizando-se pelo excesso de sua utilização.

Como bem assinala Kele Cristina Diogo Bahena<sup>157</sup>, nem toda conduta imoral é ímproba, sob o aspecto de não potencialidade ofensiva apta a receber as sanções da lei especial, de modo que não se amolda a ela o que chama de *improbidade administrativa de bagatela*.

Inspirada na *teoria da adequação social* de Welzel, a citada autora sustenta que a Lei de Improbidade, tendo como parâmetro o *princípio da proporcionalidade*, não deve se ocupar de bagatelas, mas de situações em que realmente ocorre perigo de risco efetivo ao patrimônio moral do Estado, mormente nas hipóteses do *caput* do seu art. 11.

Neste sentido, também exortam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>158</sup>, quando enfatizam que à atividade de concreção dos valores estabelecidos pelo legislador em abstrato devem ser opostos limites, sob pena de se transmutar em *ilegitimidade de fato* uma *legitimidade de direito*.

Para isso, segundo o princípio da proporcionalidade, afirmam que o operador do direito deve realizar uma valoração responsável da situação fática, garantindo uma relação harmônica entre os fins da lei e aqueles atingidos com a sua aplicação ao caso concreto.

Acrescentam que a prática de atos que importem em insignificante lesão aos deveres do cargo, ou à consecução dos fins visados, é inapta para definir o perfil do ímprobo, não apenas pela insignificância do ato, mas porque a aplicação das sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 acarretaria ao agente lesão maior do que a causada por ele ao ente estatal.

---

<sup>156</sup> *Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa*, p. 139.

<sup>157</sup> *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade*, p. 148-165.

<sup>158</sup> *Improbidade administrativa*, p. 104-105.

Exemplificam com a indevida imputação de improbidade a um agente público que anote um recado de ordem pessoal em papel da repartição pública ou do uso de um clipe para prender documentos pessoais.

Também Gina Copola<sup>159</sup> sublinha que a Lei 8.429/92 precisa ser interpretada da forma mais equitativa possível, conforme o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Diante de pequenas faltas, que não provoquem significativos danos à Administração, cabem advertências ou outras medidas equivalentes, a serem aplicadas em processo administrativo. Pretender sua punição com as sanções da Lei 8.429/92 constitui evidente exagero.

A Lei de Improbidade Administrativa deve ser utilizada somente nos casos em que a conduta desviante tenha significativa repercussão para a Administração, o que certamente não é o caso de um ato reconhecidamente esporádico do agente público e sem grandes conseqüências ao patrimônio material ou moral do ente público, hipótese em que a falta fica sujeita, em última análise, a uma reprimenda mais branda e proporcional à sua gravidade.

Existirá repercussão na presença de ato único que cause significativo dano à Administração, a ser avaliado em cada situação concreta. Não há fórmulas que possam substituir o tirocínio do responsável por esta avaliação. São hipóteses guiadas pelo *sensu comum*.

Atos de pequena repercussão podem adquirir relevância, em caso de prática reiterada. No conjunto da obra, podem se tornar igualmente graves.

Em síntese, a repercussão, a justificar o ajuizamento da ação por improbidade, existirá quando um ato provocar grave dano ao patrimônio público ou quando houver reiteração de atos que, isoladamente, não teriam sérias conseqüências.

Além disso, o órgão legitimado a propor a ação, seja o Ministério Público ou a Procuradoria do ente prejudicado, deve ter em mente que a ação por improbidade, mais do que repudiar uma conduta do agente, desqualifica a sua própria pessoa, a quem estará atribuindo pecha de desonesto.

Assim como ocorre na acusação por crime de Injúria (art. 140 do Código Penal), mais do que reprovação de um ato, em si, há a atribuição ao sujeito de um sinal inato ou atávico, uma falha de caráter, que acarretará desprestígio social irrecuperável, ainda que a ação venha a ser julgada improcedente.

---

<sup>159</sup> *O que é ato de improbidade administrativa?* P. 61.

Conforme anota Aristides Junqueira Alvarenga<sup>160</sup>, a improbidade é tratada com mais rigor. Se o ato administrativo não tem índole de improbidade, que se maneje ação popular ou a ação civil pública para a restauração da legalidade, da moralidade administrativa e do dano ao patrimônio público.

Daí porque o ajuizamento deve estar cercado de todos os cuidados, para que ao réu não seja causado grave dano no caso de restar comprovado, na instrução, que não havia fundamentos razoáveis para a ação.

O juiz deve igualmente cercar-se de zelo, não hesitando em rejeitar a petição inicial, nos termos do § 8º do art. 17 da Lei 8.429/92, caso verifique a ausência de fundamentos mínimos para a ação.

Com efeito, ninguém tem o direito de fazer *jogo de erro e acerto* com a honra e dignidade alheias. Uma acusação desta ordem deve ser feita de forma consistente e amadurecida. Neste caso, o processo não pode ser um *campo de prova*, um exercício de laboratório, mas sim um lugar onde se buscará confirmar os veementes indícios da ilicitude, anteriormente coligidos pelo autor da ação.

A experiência demonstra que muitas ações por improbidade são propostas sem a devida reflexão da parte do seu patrocinador, acarretando um número elevado de sentenças de improcedência.

É o que demonstra levantamento feito especialmente para este trabalho junto a quatro dos mais movimentados tribunais brasileiros, a saber, Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), Tribunal Regional Federal da 1ª Região (sediado em Brasília), Tribunal Regional Federal da 3ª Região (com sede em São Paulo) e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (sediado em Porto Alegre).

O apontado levantamento, realizado por amostragem nos ementários de jurisprudência, disponíveis nos sites oficiais dos tribunais na Internet<sup>161</sup>, permitiu verificar que, nos julgamentos de apelações que tiveram solução de mérito, no mínimo 35% foi pela improcedência total (incluídos os casos de rejeição da petição inicial), número demasiadamente alto, se for adotada a premissa de que as ações por improbidade devem ser ajuizadas com bons indícios da ilicitude e da respectiva autoria.

---

<sup>160</sup> Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro, p. 109-110.

<sup>161</sup> Disponíveis em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>; <<http://www.trf1.jus.br>>; <<http://www.trf3.jus.br>>; <<http://www.trf4.jus.br>>.

O resultado do citado levantamento<sup>162</sup>, feito com atenção, mas em análise superficial, está sintetizado na seguinte tabela:

AÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
RESULTADOS DO JULGAMENTO DE MÉRITO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

Tribunal pesquisado	Período pesquisado	Ações Procedentes	Ações não procedentes	Total	Percentual procedência	Percentual improcedência
TJ-SP	Meses 08 a 12 de 2009	128	67	195	65,64%	34,36%
TRF1	2009	24	29	53	45,28%	54,72%
TRF3	Até 2009	03	06	09	33,33%	66,67%
TRF4	2008 e 2009	26	16	42	61,90%	38,10%

A improcedência das ações, em sua maioria, se deveu ao reconhecimento da inexistência de dolo na conduta reputada ímproba ou quando incorrente lesão ao patrimônio público. Poucos foram os casos de rejeição da petição inicial.

Os números confirmam a percepção de quem milita nas lides forenses sobre a pertinência das ações por improbidade, nem sempre precedidas de ponderação e coleta satisfatória de indícios da conduta reputada ilícita.

Esta constatação obriga ao reconhecimento de que tem certa razão o ex-ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, quando, no julgamento da Reclamação 2.138-DF, que tratava do foro privilegiado, manifestou preocupação com o que chamou de *denuncismo* de alguns agentes da persecução judicial e da *banalização* deste tipo de ação.

Não deixam de ser preocupantes os eventuais excessos na utilização da ação de improbidade, até mesmo porque tendem a minar sua legitimidade e a criar resistências ao seu uso.

Sem contar que a banalização pode trazer prejuízos à própria Administração e ao combate à corrupção.

Primeiro, porque o *excesso de controle* pode gerar um clima de terror no âmbito administrativo, fazendo com que os agentes públicos passem a ter dificuldades para tomar decisões no exercício da função, diante do temor de serem processados por improbidade. Isso resultaria em ineficiência, que é uma das conhecidas causas de corrupção, pois, onde há dificuldades, sempre haverá alguém disposto a *facilitar*, mediante um pequeno *estímulo*.

<sup>162</sup> Não foram pesquisados os sites do Tribunal Regional da 2ª Região e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. O primeiro deles não tinha ementário disponível em dezembro de 2009. O segundo não possibilitava consulta agrupada.

Neste caso, como observa Fernando Filgueiras, o excesso de controle pode produzir efeitos indesejados, “fazendo com que a busca de integridade mediante a maquinaria anticorrupção e as reformas institucionais resultem, necessariamente, em mais corrupção”.<sup>163</sup>

Some-se a isso que a banalização de ações através da imprensa pode *anestesi*ar a opinião pública ou simplesmente fomentar atitudes de descrença frente às instituições, com conseqüências negativas para a democracia, conforme destaca Enrique Peruzzotti<sup>164</sup>.

Frente a tais argumentos, parece certo que o princípio “*quanto mais, melhor*” nem sempre tem validade quando se trata de ações de improbidade.

Mais importante parece ser a utilização comedida deste importante instrumento processual, porém, com mais eficiência, protegendo-se satisfatoriamente o interesse público, sem comprometer os ideais democráticos e a confiança nas instituições do Estado.

## 5.5 Concorrência com outras ações

Apesar de sua importância e especificidade temática, a Lei 8.429/92 não detém o monopólio da punição aos atos de improbidade.

No campo estritamente civil, também são hábeis a defender o patrimônio público a ação popular (Lei 4.717 de 29 de junho de 1965) e a ação civil pública (Lei 7.347 de 24 de julho de 1985), o que acarreta a *concorrência* entre estes três tipos de ações.

Entretanto, ainda que possa haver pontos de contato entre elas, no tocante à busca do ressarcimento e dos prejuízos causados ao Erário, cada uma conserva seu âmbito de atuação, sem lugar para qualquer tipo fungibilidade.

Conforme observa Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>165</sup>, a vida em sociedade apresenta necessidades diversas e ao direito processual cabe fornecer respostas adequadas e eficazes, buscando sempre uma adequação entre a *necessidade* apresentada pela parte e o *tipo* de tutela jurisdicional que lhe corresponda.

No que diz respeito à proteção do patrimônio público, a ação popular, cuja legitimidade ativa é do cidadão, trará a pretensão à anulação ou declaração da nulidade de atos que lhe forem lesivos (art. 1º da Lei 4.717/65), condenação do responsável e dos

---

<sup>163</sup> *Corrupção, democracia e legitimidade*, p. 17.

<sup>164</sup> *Accountability*, p. 482.

<sup>165</sup> *Ação popular*, p. 22-23.

beneficiários ao pagamento de perdas e danos (art. 11) e restituição de bens ou valores ilicitamente obtidos (art. 14, § 4º).

Por sua vez, a ação civil pública, movida pelo Ministério Público ou outras entidades legitimadas (art. 5º da Lei 7.347/85), buscará a responsabilização por danos morais e materiais ao patrimônio público (art. 129, III, da CF), bem como a condenação dos responsáveis ao pagamento em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º, Lei 7347/85).

Verifica-se uma grande similaridade de objetos entre a ação popular e a ação civil pública, posto que em ambas se busque a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público, bem como a eventual condenação dos responsáveis ao ressarcimento dos danos causados e à perda de bens ilicitamente adquiridos. O que as difere, fundamentalmente, é a legitimidade ativa, em que pese a ação civil pública comporte uma maior amplitude de objetos, frente à possibilidade de imposição ao réu de alguma obrigação de fazer ou não fazer, mas que no caso de repressão à improbidade administrativa fica naturalmente mais restrita.

Já a ação por improbidade administrativa, além do ressarcimento dos prejuízos ao Erário e da perda dos bens ilicitamente adquiridos, comporta também as outras sanções do art. 12 da Lei 8.429/92, como perda da função pública, a multa civil, a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios.

Uma das virtudes desta lei é a melhor sistematização do assunto e a criação de uma ação de natureza cível apta a impor, isolada ou cumulativamente com a reparação ou ressarcimento dos danos causados ao Erário, punições que anteriormente só eram possíveis através de procedimentos criminais ou em julgamentos de crimes de responsabilidade.

Punições como *perda da função pública* e a *suspensão de direitos políticos* eram conseqüências do julgamento político, respectivamente, pelo Senado e pelas Assembléias Legislativas, dos *crimes de responsabilidade* praticados pelo Presidente da República, por Ministros, Governadores e outros agentes públicos catalogados pela Lei 1.079, de 10 de abril de 1950.

Em relação a Prefeitos e Vereadores, a *perda da função pública* e a *suspensão dos direitos políticos* também só eram possíveis na condenação por *crimes de responsabilidade*, em julgamento pelo Poder Judiciário ou, conforme a tipificação do ato, pela Câmara dos Vereadores, de acordo com as disposições do Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Cabe lembrar, neste ponto, as regras de competência existentes na Constituição Federal de 1988 (art. 102, inciso I, alínea “c”; art. 29, inciso X) que alteram, em parte, aquelas previstas na Lei 1.079/50 e no Decreto-lei 201/67.

Fora daquelas hipóteses, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo ainda podia ocorrer com fundamento nas alíneas *a* e *b* do inciso I do art. 92 do Código Penal, em razão de crimes praticados com *abuso de poder* ou *violação de dever* para com a Administração Pública, desde que aplicada pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano. Ou, em qualquer caso, na pena privativa de liberdade superior a quatro anos.

Não é difícil imaginar os inconvenientes deste tratamento legal pulverizado dos atos de improbidade, suscetíveis de dificultar a sua punição, diante da pouca sistematicidade da matéria.

É indubitável que a Lei de Improbidade veio a conferir maior eficácia na punição dos atos ímprobos, através da melhor definição dos seus aspectos substantivos e procedimentais.

Repise-se, contudo, que ela não detém o monopólio da punição dos atos de improbidade, que podem ser fulminados também em ação popular (Lei 4.717-65), em ação civil pública (Lei 7.347-85), em julgamentos por crime de responsabilidade (Lei 1.079-50 e Decreto-lei 201-67), em ações penais comuns (Código Penal, art. 92), em crimes de licitação (Lei 8.666-93, art. 83) e em crimes de responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.2000, art. 73).

Esta gama de asserções legais denota a importância de se fazer estudo da ação por improbidade administrativa também sob a ótica procedimental, visto que é necessário delimitar e demarcar precisamente o âmbito de sua aplicação, seus pressupostos processuais, condições de agir e efeitos da sentença.

Além disso, sendo possível punir o ato ímprobo por outras formas, pode ocorrer caso de justaposição ou sobreposição de ações, o que implicaria em hipóteses de litispendência, ofensa à coisa julgada, conexão e continência processual.

Imagine-se que o Ministério Público ajuíze ação para invalidar e punir, nos termos da Lei 8.429/92, conduta de fraude em licitação, a qual, porém, já foi objeto de sentença em ação popular, com trânsito em julgado, onde tenha sido invalidado o ato e fixado o montante da reparação ao patrimônio público.

Se a sentença proferida na ação popular adquiriu foro de coisa julgada, novo julgamento em ação por improbidade pode implicar *bis in idem* ou mesmo em solução contraditória.

O que dizer, por outro lado, se a condenação na ação popular é considerada insuficiente pelo Ministério Público? Poderá este ajuizar nova ação, com o fim de aumentar o valor do ressarcimento?

Estas e muitas outras dúvidas, que assolam os intérpretes da Lei 8.429/92, devem ser objeto de acurado estudo, com o fim de aclarar e melhor sistematizar a matéria.

## 6 DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 6.1 Distinção entre prescrição e decadência

Ao tratar das condições necessárias para o exercício do pensamento, em sua *Crítica da razão pura*, Immanuel Kant diz que há duas formas puras da intuição sensível, como *princípios do conhecimento a priori*: espaço e tempo.

O tempo, segundo o célebre filósofo alemão, *é uma representação necessária subjacente a todas as intuições e só nele é possível toda a realidade dos fenômenos*. Portanto, o tempo não pode ser suprimido de todas as formas de conhecimento<sup>166</sup>.

Não há como discordar de Kant no tocante à importância do tempo em todos os fenômenos do pensamento e, por conseguinte, da vida; importância que também se reflete nos fenômenos jurídicos, como ressalta Roberto de Ruggiero:

“A influência que o tempo tem sobre as relações jurídicas é bastante grande, bem como a que tem sobre todas as coisas humanas. E além de grande é também bastante variada. Direitos que não podem surgir senão em dadas contingências de tempo; direitos que não podem ter senão uma duração preestabelecida, quer fixada pela lei, quer pela vontade privada; direitos que não podem exercer-se foram de certo prazo; direitos que se adquirem e direitos que se perdem em consequência do decurso de um certo período de tempo – destes e de outros modos o elemento tempo manifesta a sua importância, posto que frequentemente ele não seja apenas o único fator que produz tais efeitos...”<sup>167</sup>

Assim como em todas as atividades humanas, o fator tempo interfere decisivamente em dois institutos jurídicos que têm se apresentado de forma controversa e tormentosa aos cultores do direito: a *prescrição* e a *decadência*.

A perda de um direito pelo decurso do tempo, segundo Ruggiero<sup>168</sup>, deve ocorrer porque o ordenamento não tutela aquele que não o exerce e não o quer conservar, sendo do interesse da ordem social que depois de um dado tempo desapareça qualquer incerteza nas relações jurídicas, bem como toda a possibilidade de contestação ou pleito.

A segurança jurídica pressupõe um mínimo de estabilidade nas diversas relações baseadas no direito e justifica a adoção de prazos para o exercício de prerrogativas nascidas

<sup>166</sup> *Crítica da razão pura*, p. 40 e 44.

<sup>167</sup> *Instituições de direito civil*, p. 406.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 412.

da lei ou da vontade dos sujeitos, posto que, se assim não fosse, pessoa alguma, em tempo algum, estaria convicta e segura dos seus direitos e dos seus negócios, já que a qualquer momento estaria exposta, ou os seus sucessores, a uma interpelação de outrem para lhe transferir ou restituir direito constituído em tempos imemoriais.

Fossem irrestritamente banidos do direito os institutos da prescrição e da decadência, seria impossível garantir estabilidade e paz nas relações sociais, o que, em última análise, significaria implodir as próprias bases do direito.

Daí a necessidade da adoção dos institutos da decadência e da prescrição, fixando-se prazos para o exercício de prerrogativas jurídicas, ressaltando-se apenas as ações imprescritíveis por natureza ou por opção da ordem jurídica.

Ações naturalmente imprescritíveis, como se verá, são as meramente declaratórias e as ações constitutivas sem prazo para ajuizamento.

Há também as situações que o direito positivo, em caráter excepcional, considera imunes ao tempo, como acontece, na ordem jurídica brasileira, com a prática do racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988), condutas que serão passíveis de sanção a qualquer tempo.

Controvertida tem se mostrado a suposta *imprescritibilidade* da ação por improbidade que vise o ressarcimento de prejuízos causados ao erário, prevista no § 5º do art. 37 da Constituição, tema que será tratado mais adiante.

Também a ação por improbidade está sujeita a prazos para o seu ajuizamento. Com efeito, o art. 23 da Lei 8.429/92 cuida especificamente dos prazos para a propositura deste tipo de ação.

Pode-se questionar se os prazos ali estabelecidos são de prescrição ou decadência e quais os efeitos do seu escoamento, razão pela qual se faz útil a abordagem dos fundamentos dos prazos extintivos de direitos e a distinção entre prescrição e decadência.

Grande tem sido o esforço dos juristas para distinguir a prescrição da decadência, visto que os prazos decadenciais não se sujeitam a impedimento, interrupção e suspensão de prazos, e, sendo legais, não admitem renúncia.

Na doutrina estrangeira, Roberto de Ruggiero adota como fator de distinção a aquisição ou a perda de um direito em razão do decurso do tempo. Para ele, na decadência o descumprimento do prazo impede a aquisição de um direito, ao passo que na prescrição o direito nasce com uma duração indefinida e somente se pode perder se houver negligência no

seu uso, do que resulta que à decadência não se aplicam as causas de suspensão e de interrupção da prescrição<sup>169</sup>.

O Código Civil de 2002 não define o que é a decadência. Apenas disciplina os seus efeitos, do art. 207 ao art. 211.

Quanto à prescrição, é definida pelo Código como a extinção da *pretensão* nascida para o titular com a violação do direito (art. 189), uma vez transcorridos os prazos a que aludem os art. 205 e 206.

Anotava Cândido Rangel Dinamarco<sup>170</sup>, ancorado na lição de Bruno Troisi, que na prescrição o decurso do tempo apenas enfraquecia o direito, não o extinguindo, criando em favor do obrigado um verdadeiro direito potestativo, visto que a extinção do direito do credor ficava condicionada à manifestação da vontade do devedor.

Hoje, contudo, já não é mais assim, uma vez que o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, passou a permitir ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não mais dependendo da provocação do devedor.

A doutrina nacional, em vista dos parâmetros do Código Civil e quase sempre amparada no magistério de Câmara Leal, acentua que a prescrição faz perecer o direito de ação para deduzir em juízo uma pretensão, enquanto a decadência leva à extinção do direito material que constitui o cerne da pretensão.

É o que ocorre com Sílvio Rodrigues<sup>171</sup>, para quem a prescrição extintiva não leva ao perecimento do direito, mas da ação que o defende, enquanto que na decadência é o próprio direito que fenece. No que toca à natureza de uma ação, diz ele que se a ação e o direito têm origem comum, trata-se de caso de caducidade. Se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição.

A mesma orientação é seguida por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>172</sup>, o qual, fazendo linhas a Maria Helena Diniz, concebe a prescrição como *a perda do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la*, o que não implica em extinção do próprio direito, como ocorre diante da impossibilidade do devedor reclamar a devolução do pagamento de dívida que já estava prescrita.

Coisa diversa acontece com a decadência, conforme acentua o eminente jurista, pois ela implica na perda do próprio direito, em si mesmo, pela falta do seu exercício no prazo

---

<sup>169</sup> *Instituições de direito civil*, p. 430-431.

<sup>170</sup> *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, p. 440.

<sup>171</sup> *Direito civil*, p. 345 e 350.

<sup>172</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 1.025.

previsto, evento este que *sucede quando a única forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito de ação*.<sup>173</sup>

Estas distinções são válidas, mas como sublinha Agnelo Amorim Filho, em clássico trabalho sobre o tema<sup>174</sup>, são inadequadas, porque fazem a distinção apenas dos *efeitos* da prescrição e da decadência, sem fornecer um critério científico para se saber quando o prazo extintivo atinge a ação e quando fulmina o próprio direito. Assim, é necessário identificar a *sua causa* e não o seu efeito.

Partindo desta premissa e tendo como referência a concepção de Chiovenda sobre *direitos subjetivos*, o citado autor apresenta valiosa teoria sobre critérios científicos de verificação da prescrição e da decadência, que serão objeto de síntese nos próximos parágrafos, dada a nossa adesão.

Segundo Agnelo Amorim Filho, a prescrição, a decadência e a imprescritibilidade (que ele prefere denominar *perpetuidade*) são determinadas pelos tipos de ação, as quais, por seu turno, são classificadas, segunda a natureza dos direitos nelas discutidos, em ações condenatórias, constitutivas e meramente declaratórias.

Nas pegadas de Chiovenda, Amorim Filho parte do pressuposto de que os direitos subjetivos são classificados em duas grandes categorias: direitos a *uma prestação* e direitos *potestativos*. Os primeiros têm por finalidade um bem da vida, que exige uma prestação positiva ou negativa do sujeito passivo. Os direitos potestativos compreendem os poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas.

Exemplo de direito a uma prestação é a cobrança de um crédito, que exige o pagamento do sujeito passivo. A ação de dissolução de sociedade é um exemplo de direito potestativo, pois não depende da vontade dos outros sócios. O mesmo ocorre na ação de extinção de condomínio.

Os direitos potestativos, por sua vez, podem ser de três categorias: a) os que atuam mediante simples declaração do seu titular (v.g., revogação de mandato e aceitação de herança); b) os que exigem a concordância daquele que sofre a sujeição, sob pena de ser resolvido na via judicial (e.g., o direito do condômino de dividir a coisa comum e o direito do vendedor de resgatar imóvel vendido com cláusula de retrovenda); c) direitos potestativos que só podem ser exercidos por meio de ação, mesmo que haja consenso entre os interessados,

---

<sup>173</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 1.026.

<sup>174</sup> *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência...*, p. 31.

chamada por Calamandrei de *ação necessária* (v.g., o direito de invalidar casamento nulo ou anulável).

Quando o autor move ações da *segunda e terceira categorias*, não pede a adesão daquele que se sujeitará à sua vontade e nem que ele seja obrigado a alguma prestação. Pede apenas que a sentença crie, modifique ou extinga uma relação jurídica. Há, neste caso, o exercício de um direito potestativo do autor.

Em face destas premissas, as ações de conhecimento podem ser classificadas em condenatórias, constitutivas ou simplesmente declaratórias. Na ação condenatória, há a pretensão a que o sujeito passivo seja obrigado a uma prestação. Já na ação constitutiva, pretende-se que a vontade do autor sujeite outrem à uma nova situação jurídica, independentemente da sua adesão. Na ação declaratória, não há pretensão a uma prestação e nem à sujeição do réu a uma nova situação jurídica, mas tão-somente de obter uma *certeza jurídica* em situação de dúvida.

A prescrição tem como termo inicial o *nascimento da ação (actio nata)*, que se dá com a existência de um direito atual (suscetível de ser reclamado em juízo) e a violação desse direito (lesão).

Havendo lesão ao direito, surge uma situação de intranquilidade social, que o instituto da prescrição procura evitar. Há um prazo (prescricional) para exigir a restauração deste direito. Ultrapassado o prazo, o direito torna-se inexigível, embora não esteja extinto.

A lesão ao direito somente pode ocorrer quando o sujeito passivo da obrigação se nega a prestá-la. Portanto, conclui Amorim Filho, a prescrição é peculiar às ações condenatórias, já que na ação constitutiva e na ação meramente declaratória não existe pretensão à prestação de outrem, impossibilitando a *lesão* a um direito que venha a deflagrar o prazo prescricional.

Observa este autor que, muitas vezes, não há prazo para o exercício de direito potestativo (e.g., pedido de separação judicial, de extinção de condomínio, de extinção de sociedade). No entanto, quando a lei ou uma convenção fixa um prazo para isso, é caso de prazo decadencial, que deve ser observado, sob pena de perecimento do direito (v.g., direito de exercer preferência, direito de o marido contestar a legitimidade do filho de sua mulher, ação para anulação de casamento, ajuizamento de ação rescisória).

Nos direitos potestativos subordinados a prazo, segundo Amorim Filho, o que causa intranquilidade não é a existência da ação, mas a existência do direito e a possibilidade do seu exercício, daí o estabelecimento de prazo, sob pena de decadência.

Em apertada síntese, anote-se que o citado autor atribui a imprescritibilidade às ações declaratórias e às ações constitutivas que não dependem de prazo. No caso das ações

declaratórias, porque não contêm pretensão a uma prestação (cumprimento de obrigação) e nem à sujeição de outrem à vontade do autor (direito potestativo), mas tão somente a uma *certeza jurídica*, que será pertinente enquanto houver interesse jurídico na sua obtenção.

Amorim Filho ressalta que prefere a expressão *ações perpétuas* à expressão *ações imprescritíveis*, porque ações desta natureza ficam imunes também à decadência e não apenas à prescrição, observação que se mostra pertinente. Não obstante, a força do uso consagrou a expressão *imprescritibilidade* para indicar as ações que não se submetem a prazos extintivos, sejam eles de prescrição ou de decadência.

Em resumo, chega-se às seguintes conclusões: a) as ações condenatórias se sujeitam à prescrição; b) as ações constitutivas com prazo para exercício submetem-se a prazos decadenciais; c) as ações declaratórias, assim como as ações constitutivas sem prazo, são imprescritíveis.

Tais assertivas recebem a expressa adesão de Ada Pellegrini Grinover<sup>175</sup>, segundo quem a prescrição atinge exclusivamente a provimentos que imponham um dever de prestar (provimentos de cunho condenatório).

## 6.2 Prescrição e decadência na ação por improbidade

Neste ponto, cabe questionar se as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 estão sujeitas à prescrição ou decadência.

Considerando os critérios estabelecidos por Agnelo Amorim Filho, aqui acolhidos, as sanções por improbidade estão algumas (as de natureza condenatória) sujeitas a prazo prescricional e outras (as de caráter constitutivo) a prazo de decadência.

São consideradas de *natureza condenatória* as sanções de *ressarcimento*, de *perda de bens* e de *multa*, visto que, sem dúvida alguma, cominam *prestação* a ser cumprida pelo réu. Nestes termos, estão sujeitas a *prazo prescricional*, com todos os corolários que disso decorrem, como a possibilidade de impedimento, interrupção e suspensão do prazo (art. 197 a 201 do Código Civil).

De outra parte, têm *caráter constitutivo* as sanções de *perda função pública* e de *suspensão dos direitos políticos* por configurar um direito potestativo do Estado de submeter à sua vontade a situação jurídica de outrem, independentemente do consentimento deste.

---

<sup>175</sup> *Ação de improbidade administrativa – decadência e prescrição*, p. 58.

Haverá, sem dúvida, com a perda do cargo ou com a suspensão dos direitos políticos, *modificação substancial na situação jurídica* do réu da ação por improbidade, em caso de procedência do pedido. Em sendo assim, o prazo da ação, nestas hipóteses, é *decadencial*, não estando sujeito a impedimento, interrupção e suspensão.

Ponto que gera dúvidas sobre a submissão à prazo decadencial ou prescricional é a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios.

Ao discorrer sobre a natureza das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, Ada Pellegrini Grinover<sup>176</sup> considera tipicamente constitutivo o provimento judicial que contém a proibição de contratar ou receber benefícios, assim como a perda de função pública e a suspensão de direitos políticos, *na medida em que opera modificação de estado jurídico*.

Quer parecer, todavia, que a proibição de contratar ou receber benefícios tem natureza *mandamental* para o Poder Público e *obrigacional* (obrigação de não fazer) para o réu.

Segundo Pontes de Miranda<sup>177</sup>, na *ação mandamental pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor)*.

Ressalta Arruda Alvim<sup>178</sup> que *as determinações mandamentais, portanto, necessitam vir acompanhadas da correlata conseqüência intimidadora do destinatário da ordem, para a hipótese de recalcitrância [...] para a consecução ou o cumprimento da ordem ou do mandamento*.

Há que se notar que na sentença que interdita ao réu a contratação com o Poder Público ou o recebimento de benefícios fiscais ou creditícios, há uma condenação do réu à obrigação de não fazer.

Simultaneamente, há uma ordem geral e abstrata ao Poder Público de não contratar com o réu. Trata-se, evidentemente, de ordem com efeitos *erga omnes*, não se restringindo ao ente público que sofreu os danos por improbidade, detalhe que pode, inclusive, dificultar o cumprimento efetivo da condenação, na falta de um cadastro único de interdições decorrentes de sentença judicial.

De todo modo, estas sanções não têm natureza constitutiva, porque o juiz emite um comando proibitório que somente poderá produzir efeitos *ex nunc*, sob pena de afronta à

---

<sup>176</sup> *Ação de improbidade administrativa – decadência e prescrição*, p. 69-71.

<sup>177</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 48-49.

<sup>178</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 576.

garantia constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, inscrita no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, a sentença não poderá determinar que contratos lícitos vigentes com a Administração sejam imediatamente resolvidos. A proibição somente poderá valer para negócios futuros.

Poder-se-á cogitar da eventual invalidade do contrato atual, mas cumpre lembrar que a ação por improbidade não está pedindo a invalidação de ato ou contrato administrativo, mas apenas buscando a imposição de sanção àquele que praticou ato ímprobo.

A declaração de invalidade parcial ou total do ato ou contrato ocorrerá *incidenter tantum*, como premissa para a aplicação de sanção por ato de improbidade. No entanto, é preciso lembrar que a invalidade não é o objeto do processo, mas somente a sua *causa de pedir*.

Pela natureza dos provimentos buscados na ação por improbidade, o objeto da lide é limitado à punição do ato ímprobo, eventualmente veiculado por meio de ato ou contrato administrativo.

A declaração do juiz, no entanto, sobre esta invalidade, tem efeitos limitados ao objeto da ação, não acarretando a automática invalidação do ato ou contrato, que ficará sujeita à apreciação de sua validade no âmbito administrativo ou ação de outra natureza, como a ação popular (Lei 4.717/65) e a ação civil pública (Lei 7.347/85), cujo objeto poderá ser, aí sim, a invalidação do ato ou contrato.

Mas a ação por improbidade tem objeto delimitado pela punição do ato ímprobo, não podendo transbordar os seus limites.

Tal interpretação é autorizada pela *mens legis* e até mesmo pelo disposto no art. 21 da Lei 8.429/92, cujo inciso II deixa entrever a autonomia de outras instâncias para resolver especificamente sobre a validade do ato ou contrato que deu origem à ação, ao dispor que a aplicação das sanções por improbidade independe da *aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas*.

Resulta disso que na ação por improbidade não se estará discutindo a invalidação do ato ou contrato, propriamente dito, mas exclusivamente a punição do desvio de conduta formalizado através dele.

Acaso a sentença aplique a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios, estará se referindo a eventos futuros e não àqueles já consumados, em relação aos quais deve prevalecer a garantia constitucional do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Portanto, na proibição de contratar, não haverá sentença de natureza constitutiva, pois não se criará nova relação jurídica e nem se modificará ou extinguirá relação jurídica preexistente. Haverá apenas a ordem para que não se constitua nova relação jurídica, o que traz ínsito o provimento judicial de natureza *mandamental* para o Poder Público e *obrigacional* para o réu (obrigação de não-fazer).

Nesta qualidade, a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou de obter benefícios fiscais ou creditícios estará sujeita a prazo prescricional e não a prazo decadencial.

### 6.3 Da prescritibilidade da ação de ressarcimento

Outra pungente controvérsia diz respeito à suposta imprescritibilidade da ação de ressarcimento no caso de prejuízos causados por ato de improbidade, em face da redação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal.

Diz este dispositivo que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, causadores de prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido da imprescritibilidade<sup>179</sup>. O mesmo entendimento foi manifestado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>180</sup>.

Esta tese é acolhida por respeitável parcela da doutrina<sup>181</sup>, mas rejeitada por outra<sup>182</sup>, que defende a idéia de que o § 5º não prevê a imprescritibilidade da ação de ressarcimento, mas apenas faz ressalva quanto aos prazos estipulados no direito comum para ação deste tipo.

É o caso de Ada Pellegrini Grinover<sup>183</sup> para quem a imprescritibilidade significa um rompimento com larga tradição legislativa e mostra-se contrária aos princípios gerais que regem o instituto prescricional.

Lembra a citada autora que, tendo a mesma natureza, porquanto visa defender o interesse público (moralidade e probidade administrativa, reparação ao erário), a ação popular está sujeita ao prazo extintivo de cinco anos (art. 21 da Lei 4.717/65), que é comum a todos.

<sup>179</sup> Recurso Especial 1.107.833/SP; Recurso Especial 1.038.762/RJ; Recurso Especial 894.539/PI.

<sup>180</sup> Mandado de Segurança 26.210/DF.

<sup>181</sup> Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 247; Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, p. 384; José Antonio Lisboa Neiva, *Improbidade administrativa*, p. 217-218.

<sup>182</sup> Marino Pazzagli Filho, *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 232-233.

<sup>183</sup> *Ação de improbidade administrativa – decadência e prescrição*, p. 60-69.

E, assim, conclui que a regra do § 5º do art. 37 da Constituição não estabelece taxativamente a imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento do erário, estando também esta pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional.

Trilhando caminho semelhante, Clito Fornaciari Júnior<sup>184</sup> aponta equívoco dos tribunais brasileiros ao acolher o entendimento de que o § 5º do art. 37 estabelece a imprescritibilidade da ação de ressarcimento. Aduz que a imprescritibilidade somente ocorre de forma anômala e mediante previsão expressa em nosso sistema jurídico, o que não seria o caso.

Para este autor, seria contraditória a previsão da imprescritibilidade na Constituição para questões de ordem patrimonial, quando usa fazê-lo somente diante de questões maiores, como no caso do crime de racismo e do atentado contra a ordem constitucional (art. 5º, incisos XLII e XLIV).

A seu ver, a redação do § 5º indica, na verdade, a dispensa de um novo diploma para estabelecer a prescrição da ação de ressarcimento, diante da existência de leis para suprir a matéria ou, quando não, como limitação material do preceito que surgiria voltado somente para cuidar dos ilícitos de natureza criminal.

Sustenta Clito Fornaciari Júnior que a Lei 8.429/92 não faz distinção entre as sanções previstas no art. 12 e assim também não poderia distinguir os prazos prescricionais, de modo que o prazo de prescrição para a ação de ressarcimento também deve ser de cinco anos, como previsto no art. 23. Em última análise, este também é o prazo fixado no art. 21 da Lei 4.717/65 e no Decreto 20.910/32, o que só reforçaria a tese do prazo quinquenal.

Em linhas gerais, este entendimento também é esposado por Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>185</sup>.

Também Sérgio Honorato dos Santos<sup>186</sup> se posta contra a tese da imprescritibilidade da ação de improbidade com objetivo de ressarcimento. Para tanto, serve-se de valores constitucionais formados por normas, dispositivos e princípios.

Entende que o § 5º do art. 37 da Carta Magna apenas autoriza que a lei específica, ao regular os prazos prescricionais, exclua as ações de ressarcimento. Assim, a essa matéria poderia ser aplicada a regra já disciplinada na lei geral, o Código Civil, o qual adota o prazo de dez anos para a prescrição, quando a lei não fixar prazo menor (art. 205).

---

<sup>184</sup> *Prescrição das ações de ressarcimento...*, p. 33-37.

<sup>185</sup> *Do instituto da prescrição como fator impeditivo à instauração do inquérito civil...*, p. 37-39.

<sup>186</sup> *O prazo da prescrição das ações de ressarcimento...*, p. 68-73.

Como fundamentos para o seu entendimento, diz que: a) a imprescritibilidade é exceção no direito; b) a Constituição não afirma peremptoriamente que são imprescritíveis as ações de ressarcimento; c) o tratamento diferenciado, em prol da Fazenda Pública, viola a segurança jurídica das relações sociais e não guarda sintonia com o Estado Democrático de Direito, onde deve imperar o princípio da igualdade.

Na sinopse doutrinária que se acaba de fazer, avulta o argumento de que a imprescritibilidade é exceção em nosso sistema jurídico, diante do paradigma prescricional como instituto tranquilizador da sociedade.

Partindo desta premissa hermenêutica, espera-se do Poder Constituinte que as exceções à prescritibilidade das ações sejam adotadas de forma expressa e indubitável, como ocorre nos crimes de racismo e nas ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição).

Não é o que acontece no dispositivo constitucional em debate, em que a imprescritibilidade é apenas deduzida, diante da afirmação textual de que a *lei* estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos de improbidade, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*.

Nestes termos, embora a interpretação literal do § 5º do art. 37, ora em cotejo, possa realmente conduzir ao entendimento de que a *ressalva* às ações de ressarcimento indique a sua exclusão do regime da prescritibilidade, não parece ser a interpretação mais consentânea com a nossa tradição jurídica e nem a mais razoável sob o aspecto sistemático.

O que se verifica é que o Poder Constituinte não foi feliz ao adotar a redação deste parágrafo, provocando este estado geral de dúvidas.

De qualquer modo, pode-se chegar à conclusão de que não houve a intenção de tornar imprescritível a ação de ressarcimento em razão de danos causados por atos ímprobos, diante da interpretação sistemática dos §§ 4º e 5º do art. 37 da Constituição.

Não se pode esquecer que os referidos dispositivos criaram um *tertium genus* no sistema de repressão e punição judicial dos atos de improbidade, que até então se resumiam às sanções penais (crimes de corrupção, concussão e outros do Código Penal) e a ação civil de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário (Lei 3.502/58 combinada com o Código Civil).

A cominação irrestrita a qualquer agente público da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública foi algo bastante inovador, pois antes só eram aplicáveis a *agentes políticos* em ações por crimes de responsabilidade, nos termos da Lei 1.079/50 e do Decreto-lei 201/67.

É curial que se criou algo novo, sem, no entanto, suprimir o que já existia em matéria de repressão aos atos de improbidade administrativa. Um novo regime de punição foi instituído e agregado aos já existentes.

Encontra-se aqui o fundamento para a ressalva existente não apenas no § 5º, mas também no § 4º do art. 37, onde houve a mesma preocupação.

Não foi desejo do Poder Constituinte suprimir ou substituir a esfera penal ou a cível na repressão aos atos de improbidade, mas de agregar uma terceira via, diante da clara insuficiência das outras duas.

Todavia, era preciso deixar isso claro, pois em ambos os dispositivos constava a necessidade de *lei* para regulamentar a matéria, o que poderia levar à interpretação de que a punição aos atos de improbidade não mais poderia ser feita através de sanções penais típicas e da via reparatória comum do Direito Civil, mas somente por meio de nova lei que viesse a tratar do assunto, o que certamente daria origem a um gravíssimo vácuo legislativo.

Por isso a preocupação do Poder Constituinte, no § 4º, de sublinhar que os atos de improbidade seriam punidos na forma da nova lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*. E no § 5º, de dizer que a lei estabeleceria os prazos de prescrição para ilícitos praticados por agentes públicos, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*.

Com estas duas ressalvas, preservou-se tanto o regime penal como o regime civil de punição dos atos de improbidade, sem quebrar a harmonia sistemática com o novo regime em vias de implantação legislativa.

Destarte, a ressalva do § 5º não teve o objetivo de instituir a imprescritibilidade para as ações de ressarcimento dos prejuízos causados por atos de improbidade, mas apenas de esclarecer que um novo regime de punição era instituído, sem prejuízo daqueles já existentes.

Por tais fundamentos, não parece acertada a tendência hoje predominante no Supremo Tribunal Federal e principalmente no Superior Tribunal de Justiça, de considerar imprescritíveis as ações de ressarcimento. Com a devida vênia, não o são e devem se submeter aos prazos prescricionais do art. 23 da Lei 8.429/92.

#### **6.4 Prazos prescricionais na ação por improbidade administrativa**

A ação por improbidade tem sempre em mira a defesa do interesse da Fazenda Pública, seja na ação intentada pelos respectivos procuradores ou naquela ajuizada pelo Ministério Público, com a diferença de que a procuradoria estará defendendo interesse próprio

ao passo que o *Parquet* estará atuando em *substituição processual*, ou, na dicção do art. 6º do CPC, agindo em nome próprio para defender direito ou interesse alheio.

O interesse, portanto, será sempre da Fazenda Pública, de modo que a contagem do prazo prescricional sempre deve ser feita em vista desta particularidade.

Em face deste desmembramento da legitimidade para a ação por improbidade, entendem alguns que o prazo prescricional é diverso para o legitimado extraordinário, no caso, o Ministério Público.

É o que sustenta Ada Pellegrini Grinover<sup>187</sup> quando cogita a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento, no sentido de que ela se aplicaria, na melhor das hipóteses, somente ao ente jurídico prejudicado, não ao Ministério Público.

Assim conclui sob a premissa da harmonização entre § 5º do art. 37 da Constituição Federal e o art. 23 da Lei 8.429/92, visto que o dispositivo constitucional não é taxativo ao afirmar a imprescritibilidade e remete à legislação infraconstitucional a disciplina da matéria. Como a Lei 8.429/92 não distingue o prazo prescricional para o Ministério Público, o decurso do prazo previsto no art. 23 implica na extinção da legitimação extraordinária auferida daquela lei, remanescendo somente a possibilidade de eventual demanda ser aforada pela pessoa jurídica cujo patrimônio teria sido lesado, ou seja, pelo titular da relação material (legitimação ordinária).

Entendimento semelhante é o de Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>188</sup> ao sublinhar que, uma vez superado o prazo do art. 23 da Lei 8.429/92, somente a pessoa jurídica de direito público terá, privativamente, o direito de ingressar em juízo postulando o ressarcimento, através da via própria, que não será a ação de improbidade administrativa. O Ministério Público, cuja legitimidade decorreria apenas da lei ordinária, não poderia agir após o transcurso daquele lapso de tempo.

Todavia, não parece haver fundamento para a discriminação entre legitimado ordinário e extraordinário, para fim de contagem do prazo prescricional, visto que o § 5º do art. 37 não induz ou acomoda qualquer tipo de tratamento diferenciado entre os possíveis legitimados, sequer mencionando qualquer coisa em relação a isso.

Neste particular, a Constituição deixa a critério do legislador ordinário a disciplina da matéria. Não havendo distinção na lei, o prazo prescricional deve ser o mesmo tanto o ente público que sofre a lesão como para o Ministério Público, sem qualquer discriminação entre legitimado ordinário e extraordinário.

---

<sup>187</sup> *Ação de improbidade administrativa – decadência e prescrição*, p. 68.

<sup>188</sup> *Do instituto da prescrição como fator impeditivo à instauração do inquérito civil...*, p. 32-33.

*A fortiori*, se admitida a imprescritibilidade da ação de ressarcimento para o ente público, assim também deve ser para o Ministério Público, visto que o texto constitucional não autoriza a discriminação.

De se notar que, excetuando-se o termo inicial da prescrição e os seus prazos específicos, não há regras especiais para a fluência do prazo prescricional na ação por improbidade, valendo aquelas previstas no direito comum, que não forem incompatíveis com a pessoa jurídica de direito público.

Entre elas podemos anotar: a) a possibilidade de alegação da prescrição em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita (art. 193 do Código Civil); b) A não fluência de prazo quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, enquanto não transitada em julgado a sentença (art. 200 do Código Civil); c) a interrupção da prescrição por despacho do juiz que ordenar a citação, respeitados os prazos e formas do art. 219 do Código de Processo Civil (art. 202, inciso I, do Código Civil); d) A interrupção da prescrição por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (art. 202, inciso V, do Código Civil); e) a interrupção da prescrição por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor (art. 202, inciso VI, do Código Civil) f) A prescrição recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para interrompê-la (parágrafo único do art. 202 do Código Civil); g) O pronunciamento da prescrição, de ofício, pelo juiz (art. 219, § 5º, do CPC).

Neste diapasão, no julgamento do Recurso Especial 819.837/RS<sup>189</sup>, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação civil pública proposta contra ato de improbidade, nos termos do § 1º do art. 219 do CPC, não sendo imputável ao autor da ação a demora do serviço judiciário para fazer a notificação prevista no § 7º do art. 17 da Lei de Improbidade.

No tocante à interrupção da prescrição, importantes observações são feitas por Ada Pellegrini Grinover<sup>190</sup>. Uma delas a de que deve haver pertinência objetiva entre o ato causador da interrupção e a ação principal, como no caso de medida cautelar de protesto utilizada com esta finalidade. Não se considerará interrompida a prescrição se a ação cautelar aponta objeto diverso daquele que depois vem a constituir o cerne da ação por improbidade.

Sublinha também a apontada autora que, em litisconsórcio passivo necessário, é imprescindível a citação ou notificação de todos os litisconsortes antes que se consuma a prescrição, sob pena de não se tê-la como interrompida, pois, como explica, em face do

---

<sup>189</sup> DJU 12.11.07, p. 164.

<sup>190</sup> *Ação de improbidade administrativa – decadência e prescrição*, p. 79-92.

caráter unitário da relação material, o efeito interruptivo da citação ou do protesto só se produz quando todos os sujeitos tiverem sido cientificados. Neste diapasão, ou a interrupção ocorre para todos ou não ocorre para não ninguém, razão pela qual não se pode considerar interrompida a prescrição quando um ou alguns dos sujeitos da relação material não tiver recebido a citação ou a notificação em prazo hábil.

A Lei 8.429/92 incorporou no seu art. 23 algumas regras especiais sobre a prescrição da ação por improbidade.

No caso, criou prazos distintos, sendo um deles aplicável aos que têm vínculo permanente com a Administração Pública e outro para os que ocupam funções de caráter transitório. No primeiro grupo estão os ocupantes de cargo efetivo ou emprego. No outro, os que detentores de mandato, cargo em comissão ou função de confiança.

Para os que têm vínculo transitório com a Administração Pública, o prazo prescricional da ação por improbidade é de cinco anos, contados do término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou função de confiança (inciso I do art. 23).

Neste caso, percebe-se que o *dies a quo* do prazo prescricional não é a ocorrência do ato ímprobo, mas o término do vínculo com o Estado.

O prazo poderá ser diferente se houver vínculo permanente com a Administração (cargos efetivos ou emprego), pois nessa hipótese o prazo prescricional será aquele previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (inciso II do art. 23).

### **6.5 Prescrição da ação no caso de vínculos transitórios com a Administração**

A prescrição da ação de improbidade, conforme já foi observado, observa critérios distintos para os agentes públicos que ocupam funções transitórias e para os que têm vínculos permanentes, nos termos dos incisos I e II do art. 23 da Lei 8.429/92.

Funções de ocupação transitória são os mandatos eletivos, os cargos em comissão e funções de confiança. Também estão neste gênero os convocados e requisitados para exercício ocasional de função, como se dá, por exemplo, nas votações e apurações eleitorais.

Para eles, o prazo prescricional é de cinco anos, iniciado após o término do exercício da função, o que se justifica pelo fato de que o conhecimento da conduta desviante usualmente será muito dificultoso, senão impossível, enquanto o agente público tiver condições de escamoteá-la de terceiros, valendo-se dos poderes que a função lhe atribui.

Portanto, a princípio, o término do exercício do mandato se dá com o advento do *dies ad quem* previsto no ato da diplomação. No entanto, o fim do mandato pode ocorrer de modo anormal por eventos como a renúncia, cassação ou *impeachment* e morte do agente público, casos em que o início do prazo prescricional será antecipado.

O evento morte pode deflagrar o início do prazo prescricional contra os sucessores do agente público, dada a sua responsabilidade até o limite do valor da herança, nos termos do art. 8º da Lei de Improbidade.

Caso se acolha a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento (§ 5º do art. 37 da Constituição), a ação poderá ser movida contra os herdeiros a qualquer tempo, desde que com os limites previstos na lei.

A prescrição ocorrerá, todavia, no tocante à execução da pena de multa, visto que não se trata, neste caso, de ressarcimento por danos causados ao erário, mas de aplicação de sanção pecuniária, de caráter punitivo, que pode recair sobre os sucessores, nos limites das forças da herança (art. 1.792 do Código Civil).

Outras punições – como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais – têm caráter personalíssimo e não podem passar da pessoa do agente público, de forma que a sua morte acarretará, ao menos quanto a isso, a extinção da punibilidade.

Questão que também suscita interesse é a da reeleição ou da recondução à função pública.

Neste caso, há que se verificar se houve ou não solução de continuidade no exercício da função entre a reeleição ou a recondução. Caso não haja, certamente que o prazo prescricional não começa a fluir, pois permanecem as circunstâncias que justificam o óbice à sua fluência.

Todavia, se houve solução de continuidade entre a reeleição ou a recondução, sem dúvida que tem início a contagem do prazo prescricional, o qual somente será interrompido nas hipóteses previstas no art. 202 do Código Civil, diante da inexistência de regra sobre interrupção na Lei 8.429/92.

Cabe lembrar que a interrupção da prescrição somente pode ocorrer uma vez (*caput* do art. 202 do Código Civil).

Outro ponto que merece atenção é eleição ou nomeação do agente público para função diversa daquela que exercia anteriormente.

Neste caso, deve iniciar-se a fluência do prazo prescricional, porque o exercício de nova função não constituirá impedimento a que terceiros tenham conhecimento dos atos praticados pelo agente na função anterior, deixando livre o caminho para o curso do prazo.

Este raciocínio, porém, não deve ter aplicação quando o agente passar a ocupar função que mantenha relação de superioridade hierárquica com a anteriormente exercida, pois, nesta hipótese, é evidente que também estarão presentes os mesmos motivos que obstam o curso da prescrição.

É que o agente, tanto quanto antes, estará em posição de evitar que a conduta desviante chegue ao conhecimento de terceiros, dada a subordinação daquele que o sucedeu na função antecedente.

## **6.6 Prescrição da ação para os ocupantes de cargos efetivos ou empregos**

No que toca aos atos de improbidade praticados por ocupantes de cargo efetivo ou emprego público, a Lei 8.429/92 preferiu adotar norma em branco, pois dispõe que o prazo prescricional será aquele previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (inciso II do art. 23).

A opção adotada pelo legislador certamente não foi a melhor, posto que haverá diferentes prazos prescricionais para agentes públicos que eventualmente pratiquem o mesmo tipo de conduta.

Com efeito, enquanto a legislação prevê o prazo prescricional de cinco anos para a punição do servidor público federal com a pena de demissão (inciso I do art. 142 da Lei 8.112/90), a legislação estadual ou municipal poderá prever prazo prescricional mais elástico ou mais reduzido para a mesma hipótese.

Além de se afastar do princípio da isonomia, tal opção legislativa poderá desencadear problemas concretos na aplicação da prescrição, como na hipótese em que a conduta desviante prejudicar simultaneamente duas entidades públicas de órbitas diversas, como pode acontecer num caso em que haja convênio entre a União, um Estado ou Município para a construção de obra em que se verifique a ocorrência de licitação fraudulenta.

Se os prazos prescricionais forem diversos na situação apresentada, a prescrição acontecerá em momentos diferentes para os agentes públicos envolvidos, podendo se consumir em relação a um e não a outro, o que não deixa de ser um distanciamento do princípio da razoabilidade e da equidade.

Pior ainda será o caso de ausência de prazo prescricional para a aplicação da pena de demissão pela Administração, pois dará ensejo a sérias dúvidas sobre o prazo a ser aplicado, não obstante se possa optar pelo prazo quinquenal, em aplicação analógica da Lei 8.112/90 e da Lei 9.873/99.

Este problema, aliás, já ocorre quando a conduta é praticada por ocupante de emprego público cujo regime jurídico seja o da Consolidação das Leis do Trabalho, onde não há previsão de prazo prescricional para a demissão por justa causa.

No caso dos servidores públicos federais, o cenário pode tornar-se ainda mais confuso naqueles casos em que a falta praticada no serviço público também constitua crime, hipótese em que o prazo de prescrição corresponderá à pena a ele cominada (§ 2º do art. 142 da Lei 8.112/90).

Portanto, melhor seria se o legislador tivesse estipulado, também para os detentores de cargos efetivos ou empregos públicos, um prazo certo para a prescrição da ação por improbidade.

De qualquer forma, em se tratando de servidor público federal civil, a prescrição será sempre de cinco anos, visto que todos os atos de improbidade são puníveis com a pena de demissão, nos termos do inciso II do art. 132 da Lei 8.112/90.

## **6.7 Prescrição da ação contra particulares**

A Lei 8.429/92 não menciona prazo de prescrição contra particulares que eventualmente concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem, na forma do seu art. 3º.

Diante da lacuna legal, o Superior Tribunal de Justiça firmou o posicionamento de que a prescrição para o particular se consuma no prazo aplicável ao agente público que praticou a conduta considerada ímproba<sup>191</sup>.

O fundamento utilizado para isso foi o de que *não haveria como ocorrer tal ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários dos seus atos*.

Cuidando-se de ato praticado por servidor público federal civil, a prescrição será sempre de cinco anos, diante do fato de que todos os atos de improbidade são puníveis com a pena de demissão (inciso II do art. 132 da Lei 8.112/90), salvo se a conduta também for

---

<sup>191</sup> Recurso Especial 704.323/RS; Recurso Especial 965.340; Recurso Especial 773.227/PR.

tipificada como crime, caso em que prevalecerá o prazo fixado na lei penal (§ 2º do art. 142 da Lei 8.112/90).

Assim, feitas as sobreditas ressalvas, em qualquer dos casos previstos nos incisos I e II do art. 23, da Lei 8.429/92, a prescrição será sempre de cinco anos, variando apenas o termo inicial da contagem do prazo, conforme se trate de agente público com vínculo transitório ou permanente com a Administração Pública.

Via de conseqüência, na esteira do entendimento acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, a prescrição para o particular será sempre de cinco anos, ao menos nos atos de improbidade praticados por agente público da órbita federal.

## 6.8 Da prescrição administrativa e seus efeitos jurídicos

As dificuldades da distinção entre prescrição e decadência no direito administrativo são tantas ou maiores do que no direito comum, em face da postura dúbia que o legislador adota em relação ao tema.

Na senda do que já ficou estabelecido sobre a distinção entre prescrição e decadência, Celso Antônio Bandeira de Mello, compartilhando do entendimento de Weida Zancaner, sentença que a provisão de certa medida pela Administração contra o administrado ou a revisão de provisão anterior, estando sujeita a prazo certo, extinguir-se-á pela *decadência* se o respectivo dever-poder administrativo deixar de ser exercido no prazo previsto para isso, não se tratando, na espécie, de prazo prescricional<sup>192</sup>.

Hely Lopes Meirelles<sup>193</sup>, embora sem acolher expressamente a denominação *decadência*, também reconhece que a *prescrição*, como instituto jurídico, pressupõe a existência de uma ação judicial para a defesa de um direito, com ela não se confundindo a *prescrição administrativa*, mormente aquela que extingue o poder de punir da Administração, pois, tratando-se de garantia do servidor ou do administrado, é fatal e irremediável na sua fluência e nos seus efeitos extintivos da punição.

Confirmatório deste entendimento é o art. 54 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 99, segundo o qual o direito da Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários *decai* em cinco anos, contados da data em que foram praticados.

---

<sup>192</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 1.031-1.032.

<sup>193</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 690-691.

Porém, há casos em que a lei se refere a prazos de *prescrição* para certas condutas do administrador, os quais, segundo a nossa doutrina, seriam prazos decadenciais, visto que consistem no exercício de prerrogativa legal, sem qualquer relação com o ajuizamento de ação judicial. No entanto, a lei admite expressamente a interrupção ou suspensão desses prazos, o que acaba por criar uma figura intermediária que se pode realmente chamar de *prescrição administrativa*.

É o que ocorre, v.g., com o prazo definido no art. 142 da Lei 8.112/90 para a adoção de *ação disciplinar* contra o servidor público federal civil, de cinco anos (inciso I), dois anos (inciso II) ou cento e oitenta dias (inciso III), conforme o tipo de sanção que estiver prevista para a conduta imputada ao servidor. Os §§ 3º e 4º prevêm, ainda, a interrupção da prescrição enquanto estiver em curso a sindicância ou o processo disciplinar.

A Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, também denomina *prescicionais*, anotando hipóteses de interrupção e suspensão, os prazos previstos para a ação punitiva da Administração Pública federal.

Neste cenário, a natureza do prazo estabelecido para a Administração pode variar conforme cada situação.

Teremos prazo prescricional típico quando a Administração tiver que ajuizar ação para fazer valer pretensão nascida no direito substantivo e não satisfeita voluntariamente pelo devedor. É o que ocorre com o prazo para a cobrança de crédito tributário, definido no art. 174 do Código Tributário Nacional.

O prazo será decadencial típico, sem a possibilidade de interrupção ou suspensão, se for marcado pela lei para a atuação da Administração contra servidor ou administrado. Exemplo disso é o prazo previsto na Lei 9.784/99.

Será caso de *prescrição administrativa*, passível de suspensão ou interrupção, o prazo legal para a prática de ato da Administração contra o servidor ou administrado, quando houver previsão expressa das hipóteses de suspensão ou interrupção.

Esta distinção adquire enorme relevo no que se refere ao ajuizamento de ação por improbidade administrativa contra ocupantes de cargo efetivo ou emprego na Administração, posto que a “prescrição” contra eles acontecerá dentro do “prazo prescricional” previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (inciso II do art. 23 da Lei 8.429/92).

## 6.9 Da declaração judicial da prescrição

O reconhecimento da prescrição de direitos patrimoniais, na vigência do Código Civil de 1916, somente poderia ser feito pelo juiz através da provocação da parte interessada.

O art. 194 do Código Civil de 2002 também vedava ao juiz conhecer de ofício da prescrição, salvo se fosse para beneficiar incapaz.

Este dispositivo, todavia, foi revogado pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que também modificou o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, que passou a admitir que o juiz pronuncie de ofício a prescrição.

Assim, não há mais a dependência de que a parte interessada provoque o juiz para o reconhecimento da prescrição. No entanto, caso queira, ela poderá fazê-lo em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 193 do Código Civil.

Se o processo se encontrar já em fase de execução, somente caberá a alegação de prescrição consumada após a sentença (inciso VI do art. 475-L do CPC).

Transparece, aqui, situação em que o legislador *minus dixit quam voluit*, pois mais correto seria admitir a alegação de prescrição consumada após o *trânsito em julgado* da sentença, pois se ainda submetida à esfera recursal no processo de conhecimento, a alegação de prescrição somente será admitida até que haja decisão definitiva sobre o mérito do processo.

Atente-se, ainda, que poderá obstar a alegação de prescrição, em sede de recurso especial ou extraordinário, a ausência de pré-questionamento nas instâncias iniciais, conforme assentam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Após isso, terá havido a preclusão máxima e não mais será possível alegar a prescrição, a não ser aquela que se consumou após a coisa julgada.

Reconhecida a prescrição, deverá o juiz emitir sentença com resolução do mérito, nos termos do inciso IV do art. 269 do Código de Processo Civil, com o sepultamento definitivo da lide, se a decisão for atingida pela coisa julgada.

## 6.10 Efeitos jurídicos da prescrição da ação por improbidade

Adotando-se idéia de que a prescrição significa a extinção da pretensão nascida com a hipotética violação de um direito ou a perda do direito de ação contra quem supostamente

violou a ordem jurídica, cumpre aferir os efeitos que ela produz no tocante à ação por improbidade.

É inegável que, transcorridos os prazos previstos no art. 23 da Lei 8.429/92, não mais será possível que a procuradoria do órgão interessado ou o Ministério Público ajuízem ação por improbidade contra o agente público que possa ter incorrido na conduta ímproba.

Todavia, sabe-se que várias das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade podem ser postuladas também através da ação popular, da ação civil pública e mesmo de ação individual de reparação de danos, o que leva a indagar se os efeitos da prescrição da ação por improbidade podem ser estendidos a estas outras ações.

No tocante à ação popular, não há dificuldades, posto que ela poderá proposta enquanto não tiver se consumado a prescrição quinquenal prevista no art. 21 da Lei 4.717/65. Assim, caso tenha havido a prescrição da ação por improbidade num prazo mais curto, dentre aqueles previstos no inciso II do art. 23 da Lei 8.429/92, não estará o autor popular impedido de acionar os responsáveis para buscar a reparação ou a anulação do ato que possa trazer prejuízos ao patrimônio público.

Por outro lado, a ação civil pública não tem previsão de prazo prescricional<sup>194</sup>, o que leva a concluir que a prescrição extintiva ocorrerá em prazos variados, de acordo com o interesse a ser protegido.

Parece fora de dúvida, todavia, que as sanções previstas na Lei de Improbidade estarão definitivamente fora do alcance do Ministério Público e da procuradoria do órgão interessado acaso consumada a prescrição na ação por improbidade.

Do contrário, em se admitindo, por exemplo, que sob outros fundamentos legais o *Parquet* ajuíze ação civil pública para obter o ressarcimento de danos causados ao erário, estará havendo burla, por via transversa, às regras de prescrição da Lei 8.429/92.

É o que ocorre, por semelhança, nos casos em que o executado já perdeu o prazo para interposição de embargos à execução e ajuíza ação declaratória da inexistência do débito, manobra que, evidentemente, busca contornar a extinção do direito de embargar.

Destarte, consumada a prescrição na ação por improbidade, não poderão o Ministério Público ou a procuradoria do órgão interessado buscar os mesmos efeitos sob outras formas processuais, seja pela ação civil pública ou qualquer outra, porque a pretensão, a rigor, seria a mesma, e ela já se encontra fulminada pelo transcurso dos prazos previstos no art. 23 da Lei 8.429/92.

---

<sup>194</sup> Tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei 3377/08, de autoria do Deputado Carlos Souza, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos para a propositura da ação civil pública.

Porém, não estará impedida a pessoa de direito privado de pleitear, pelas vias próprias, o ressarcimento dos prejuízos sofridos com o ato ímprobo (v.g., o licitante fraudulentamente preterido em concorrência pública), nos prazos estabelecidos na lei civil ou em lei especial.

## 7 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO POR IMPROBIDADE

### 7.1 Considerações introdutórias sobre os pressupostos processuais

Conforme acentua Couture<sup>195</sup>, a doutrina dominante concebe o processo como uma relação jurídica, conquanto vários sujeitos – autor, réu e juiz –, investidos de poderes determinados pela lei, atuam com vista à obtenção de um fim.

Sublinha aquele processualista que, sem embargo de algumas vozes discordantes, deve ser reconhecida a existência da relação jurídico-processual como vínculo que une os sujeitos do processo, com seus poderes e deveres a respeito dos diversos atos processuais<sup>196</sup>.

Esta teoria recebe a adesão de Humberto Theodoro Junior<sup>197</sup>, segundo o qual, mais do que um método ou sistema de atuação jurisdicional, o processo é *uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes*.

Assim, o processo é um vínculo intersubjetivo entre o juiz e as partes (*actum trium personarum*), do qual resultam direitos, deveres e obrigações, de natureza estritamente processual, como, por exemplo, o *direito* de produzir provas, o *dever* de proceder com boa fé em juízo e a *obrigação* de pagar as despesas processuais.

Deste modo, o ajuizamento de uma ação importa na formação de uma relação jurídico-processual que estará completa e estabilizada a partir do momento em que o réu for citado para defender-se em juízo (art. 264 do CPC).

Sendo relação jurídica, o processo deve atender a alguns requisitos formais para a validade da sua constituição e desenvolvimento.

A esses requisitos para a validade da relação jurídico-processual denominam-se *pressupostos processuais*.

Para Chiovenda<sup>198</sup>, os pressupostos processuais são *as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, ‘favorável’ ou ‘desfavorável’, sobre a demanda*, como um órgão estatal regularmente investido de jurisdição, objetivamente competente para a causa e subjetivamente capaz de julgá-la. Quanto às partes, devem ter capacidade processual.

---

<sup>195</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 132-133.

<sup>196</sup> “*Se hablas, entonces, de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros*”.

<sup>197</sup> *Curso de direito processual civil*, p. 52.

<sup>198</sup> *Instituições de direito processual civil*, p. 90.

Observa Donaldo Armelin<sup>199</sup> que os pressupostos processuais, assim como as condições da ação, concernem à admissibilidade do pedido formulado na ação. Contudo, enquanto as condições dizem respeito ao exercício regular do direito de ação, os pressupostos referem-se à estrutura da relação processual gerada pelo exercício daquele direito.

Para Humberto Theodoro Junior<sup>200</sup>, os pressupostos processuais são *subjetivos* e *objetivos*. Segundo ele, são pressupostos subjetivos do processo: a) a competência do juiz para a causa; b) a capacidade civil das partes; c) a representação da parte por advogado. Objetivos são: a) observância da forma processual adequada; b) existência nos autos do instrumento de mandato conferido ao advogado; c) inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso ou de inépcia da petição inicial; d) inexistência de qualquer outra nulidade prevista na legislação processual.

Não há unanimidade na doutrina quanto à classificação e enumeração dos pressupostos processuais, mas, em linhas gerais, coincidem com aquela acima relacionada.

Como qualquer outra, a ação por improbidade administrativa, regulada pela Lei 8.429/92, também deverá atender a esses pressupostos processuais, sob pena de ser extinta com fundamento no inciso IV do art. 267 do CPC.

Dentre os pressupostos, ora em análise, está a capacidade processual das partes (legitimidade *ad processum*), ou seja, a aptidão legal para estar em juízo e praticar os atos processuais necessários.

Os órgãos com legitimidade ativa para a ação de improbidade, Ministério Público e ente público prejudicado, têm capacidade fundada na Constituição Federal e nas leis específicas que os regem.

O Ministério Público tem sua existência e capacidade funcional disciplinada do art. 127 ao art. 130-A da Constituição Federal. No plano infraconstitucional, é regido pela Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993).

O Ministério Público da União é ainda regulado pela Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que cuida da sua organização, atribuições e estatuto.

A União, suas autarquias e fundações públicas serão representadas em juízo pela Advocacia-Geral da União (AGU), regida pela Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, que tem como chefe o Advogado-Geral da União.

Na estrutura da AGU estão compreendidas as carreiras dos Advogados da União, dos Procuradores da Fazenda Nacional e dos Procuradores Federais, estes últimos encarregados

---

<sup>199</sup> Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, p. 41.

<sup>200</sup> Curso de direito processual civil, p. 73.

de representar as autarquias e fundações públicas federais, cada qual no seu âmbito de atuação.

Disso se conclui que a ação por improbidade, quando intentada diretamente pela União, será patrocinada por Advogado da União (art. 38 da LC 73/93). Se a ação for movida por autarquias ou fundações públicas federais, deverá ser ajuizada por Procurador Federal que atue no âmbito respectivo (art. 17, *idem*).

Em face da amplitude subjetiva do art. 1º da Lei 8.429/92, existe ainda a possibilidade de a ação ser movida por empresas públicas federais ou sociedades de economia mista, como, por exemplo, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil S.A. Nestes casos, por se tratarem de entidades com personalidade jurídica de direito privado (Decreto-Lei 200/67, art. 5º, II e III), deverão atuar advogados que integrem o departamento jurídico de cada uma destas instituições ou eventualmente contratados para esse fim.

Os Estados e o Distrito Federal também serão representados por seus respectivos procuradores (inciso I do art. 12 do CPC). Os municípios serão representados por seus procuradores, se os tiver, ou por seu próprio prefeito (inciso II do art. 12 do CPC).

Vale ressaltar que os representantes da Fazenda Pública não precisam apresentar instrumento de mandato para representá-la em juízo, pois sua capacidade postulatória tem origem constitucional e legal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>201</sup>.

Todavia, esta prerrogativa se aplica somente aos procuradores de carreira, em favor de quem milita a presunção legal de legitimidade para representar em juízo os respectivos entes públicos.

Assim, os procuradores contratados ou nomeados terão a obrigação de apresentar a procuração para o foro, nos termos do art. 37 do CPC, o que se aplica aos procuradores constituídos por municípios, sociedades de economia mista e empresas públicas,.

Quanto aos réus, se forem pessoas jurídicas de direito privado, serão representados em juízo por quem os seus estatutos ou contratos sociais designarem. Sendo omissos os atos de constituição, pelos seus diretores (inciso VI do art. 12 do CPC).

Sendo pessoa natural, o réu poderá estar em juízo em nome próprio, desde que esteja na plenitude da sua capacidade civil. Do contrário, terá que ser representado ou assistido, na forma da lei civil (art. 7º e 8º do CPC).

---

<sup>201</sup> Recurso Extraordinário 121.856/PR.

## 7.2 A petição inicial na ação por improbidade

Observa Arruda Alvim<sup>202</sup> que a petição inicial é pressuposto processual de *existência* e também de *validade* do processo. É pressuposto de existência porque sem a petição inicial não há *demanda*, entendida no sentido de pedido, de pretensão em forma escrita, de modo que não existe processo sem a iniciativa da parte<sup>203</sup>. Pressuposto de validade porque sem petição inicial *apta* o processo não pode se desenvolver válida e regularmente.

Sendo assim, a ação deve ser deflagrada através de petição inicial que atenda a todos os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil.

Imprescindível ainda é que a petição inicial esteja acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação, na expressa dicção do art. 283 do Código de Processo Civil.

Há, neste ponto, que se aclarar o significado de *documento indispensável*, posto que nem todos o sejam, ainda que possam ser importantes para comprovar os fatos alegados pelo autor.

Indispensáveis ou essenciais, no dizer de Arruda Alvim<sup>204</sup>, são os documentos necessários à admissão da petição. Os demais podem vir ao processo durante o seu transcurso.

A mesma trilha é seguida por Humberto Theodoro Jr<sup>205</sup>, ao afirmar que somente os documentos havidos como pressupostos da ação é que devem necessariamente acompanhar a petição inicial e a resposta, podendo os demais ser produzidos em outros momentos processuais, desde que não haja malícia da parte em ocultar o documento retardatário.

No caso particular da ação por improbidade, dispõe o § 6º do art. 17, da Lei 8.429/92, que a petição inicial deve estar acompanhada dos documentos ou justificação que contenha indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou que apresente razões fundadas sobre a impossibilidade de fazê-lo, sob risco de ficar caracterizada a litigância de má fé.

Percebe-se, portanto, que a lei é mais rigorosa do que nos processos em geral, ao exigir que a inicial já esteja instruída com prova documental ou testemunhal que contenha indícios veementes da conduta ímproba. Não se pode admitir a ação baseada em meras cogitações ou conjecturas do seu autor. Sob pena de rejeição (§ 8º do art. 17), a petição inicial deve estar acompanhada de fortes indícios do desvio funcional.

---

<sup>202</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 435 e 440.

<sup>203</sup> Pensamento similar é o de Cássio Scarpinella Bueno, in *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, p. 402-403.

<sup>204</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 468.

<sup>205</sup> *Curso de direito processual civil*, p. 527.

Ocorre aqui certa similitude com o mandado de segurança, em que o impetrante deve ter prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito supostamente ameaçado ou lesado por ato de autoridade.

Este rigor na admissibilidade da petição inicial se justifica pela degradação que este tipo de acusação impõe ao acusado, atingindo diretamente os seus atributos morais e impondo-lhe desqualificação pessoal que não será integralmente elidida mesmo que haja sentença de improcedência, deixando ranhuras definitivas em seu patrimônio moral.

Por isso, assevera Marcelo Figueiredo<sup>206</sup> que a ação venha razoavelmente documentada, pois a defesa da probidade administrativa deve ser feita com responsabilidade, sem aventuras. De outra parte, o juiz deve agir com prudência na análise da norma, para não frustrar a atuação do Ministério Público na defesa intransigente do patrimônio público e social.

Não basta o tênue indício que torne o desvio apenas possível. Mais do que isso, o ilícito deve ser provável, o que torna o juízo instrutório muito mais do interesse do réu do que do autor. Este, em circunstâncias normais, irá apenas contrapor novas provas às que forem apresentadas pelos réus (art. 397 do CPC) ou irá corroborar aquelas que, por si, já eram bastante para formar a culpa dos acusados.

Não será assim apenas nos casos em que o autor, por razões previamente justificadas, não tiver acesso às provas que levem ao forte convencimento da responsabilidade do réu por ato ímprobo. Neste caso, o rigor na admissibilidade da ação deve ser amainado, para que o contraditório e a ampla defesa sejam exercidos pelas partes em sua plenitude.

Caso não possua provas documentais, deve o autor coligi-las ou fortalecer sua convicção com depoimentos prestados em procedimento cautelar de justificação (art. 861 a 866 do CPC).

Bem observa Marcelo Figueiredo<sup>207</sup> que o § 6º do art. 17, da Lei 8.429/92, induz o Ministério Público a utilizar sistematicamente o inquérito civil, de forma a alcançar os meios preparatórios da ação por improbidade.

Segundo estes paradigmas, não pode ser admitida a propositura da ação por improbidade que esteja instruída, por exemplo, com simples recortes de jornais ou documento que contenha denúncia anônima, visto que não constituem indícios veementes para a abertura de processo.

---

<sup>206</sup> *Probidade administrativa*, p. 207.

<sup>207</sup> *Loc. cit.*

No que diz respeito às delações anônimas, são expressamente recriminadas pela Constituição Federal (art. 5º, inciso IV), de maneira que, isoladas, não podem constituir fundamento para abertura de processos administrativos ou judiciais. Podem, no entanto, dar motivo para averiguações da autoridade responsável sobre a veracidade dos fatos denunciados<sup>208</sup>.

Notícias de jornais ou outros periódicos são simples divulgações da versão admitida pelos respectivos editores sobre acontecimentos que considerem relevantes ou mereçam publicação. Eventualmente, podem dar margem à averiguação e confirmação através de órgãos oficiais de apuração, mas, por si, não autorizam o ajuizamento de ação por improbidade.

Julgando questão análoga, o Supremo Tribunal Federal entendeu que matéria jornalística não é indício suficiente da prática de delito, não ensejando a plausibilidade e a verossimilhança necessária para autorizar quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico<sup>209</sup>.

Assim, tais matérias jornalísticas não poderiam ser admitidas como provas ou indícios da conduta desviante para o ajuizamento de ação por improbidade, sem antes passar pelo crivo de processo administrativo, inquérito civil ou inquérito policial, onde devem ser depuradas.

Atenção especial deve ser dada à narração dos fatos imputados ao réu, visto que, em face da teoria da substanciação, sua conduta deverá estar razoavelmente individualizada, principalmente na ocorrência de litisconsórcio passivo, quando há possibilidade de terem sido praticadas condutas distintas.

Com propriedade, sublinha José Antonio Lisboa Neiva<sup>210</sup> que a narração da causa de pedir é a parte mais importante da petição inicial da demanda de improbidade, porque a narração precisa da situação fática enseja a adequação típica pertinente, com a sanção apropriada ao caso concreto.

Não se podem admitir alegações vagas do acusador, em que a conduta descrita mal consiga se desgarrar do reino da abstração, pois isso dificulta a cognição da lide pelo juiz e mais ainda a defesa do réu, violando o princípio do *devido processo legal* e da *ampla defesa*.

No entanto, segundo a prudência judicial, deverão ser sopesadas as circunstâncias do caso concreto, pois há aquelas em que, apesar dos indícios dos fatos e da autoria, não é possível, antes da ampla dilação probatória, identificar com maior precisão a conduta do réu,

---

<sup>208</sup> Sobre o valor da delação anônima, vide discussão encetada na seção 5.6 deste trabalho.

<sup>209</sup> Agravo Regimental na Petição 2.805/DF.

<sup>210</sup> *Improbidade administrativa*, p. 170.

hipótese em que pode ser admitida descrição de caráter mais genérico, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>211</sup>.

O pedido, por seu turno, deve ser provido de certeza e determinação, conforme a primeira parte do art. 286 do CPC. Embora o dispositivo utilize a partícula disjuntiva *ou*, dando a falsa idéia de alternatividade, estes dois predicados devem estar presentes conjuntamente em todos os pedidos<sup>212</sup>.

Assim, o pedido deve ser certo, o que indica o caráter explícito da pretensão, sob pena de não ser conhecida. Abrem-se exceções naqueles casos em que a lei permite ao juiz conceder provimentos de ofício, como ocorre no caso de prestações vincendas (art. 290 do CPC), dos juros legais (art. 293 do CPC) e da atualização monetária das prestações de caráter pecuniário (Lei 6.899/91).

O pedido também deve ser determinado, o que significa a delimitação ou dimensionamento exato da pretensão. Se a certeza indica a qualificação do pedido, a determinação sugere a sua quantificação, quando isso é possível, como na hipótese de indicação do valor que se pretende na indenização por ato ilícito. Ressalvam-se os casos em que a lei admite pedido genérico, mormente aqueles enumerados pelo art. 286 do CPC.

Em face destes parâmetros, na petição inicial da ação por improbidade deverá haver a especificação das sanções que o autor pretende sejam aplicadas ao réu, pois aqui também o juiz estará adstrito ao *princípio dispositivo ou da inércia judicial* (art. 2º, 128, 262 e 460 do CPC), não podendo condenar o réu a sanções que não tenham sido especificadas na inicial, salvo aqueles provimentos que possam ser concedidos de ofício.

Neste ponto, não podemos concordar com José Antonio Lisbôa Neiva, quando defende a idéia de que, independentemente do pedido do autor, o juiz teria o poder de aplicar as sanções do art. 12 da Lei 8.429/92, dada a premissa de que os comandos ali previstos seriam dirigidos ao magistrado, tendo em vista o interesse público em questão. De acordo com este autor, estar-se-ia diante de exceção ao *princípio da congruência*, segundo o qual somente os pedidos deduzidos na petição inicial poderiam ser apreciados na sentença<sup>213</sup>.

A imparcialidade do juiz, como pressuposto da validade da atuação jurisdicional, implica em equidistância das partes. Não se confunde com neutralidade, que se traduz em

---

<sup>211</sup> Recurso Especial 964.920/SP.

<sup>212</sup> Humberto Theodoro Junior, *Curso de direito processual civil*, p. 417.

<sup>213</sup> *Improbidade administrativa*, p. 166.

ausência de valores e avaliações subjetivas do magistrado, o que, como anota Eugenio Raul Zaffaroni, amparado em Robert Griffith, é uma “*impossibilidade antropológica*”.<sup>214</sup>

Mas a imparcialidade é fundamental para a validade da tutela jurisdicional e dentre os seus pressupostos está o princípio “*ne procedat iudex ex officio*”, no sentido de que o juiz não deve atuar de forma inquisitiva, mas somente quando e na medida em que provocado.

Ainda que a punição aos atos de improbidade seja de elevado interesse público e um importante desiderato constitucional (§ 4º do art. 37 da Constituição Federal), não autoriza que o juiz, sem expressa previsão legal, possa impor ao réu uma sanção não postulada na petição inicial.

Por isso, entendemos que tem razão Marino Pazzaglini Filho<sup>215</sup> quando assevera que não pode ser aplicada pelo juiz a sanção não pleiteada na petição inicial.

De outra parte, possível a cumulação de pedido condenatório e constitutivo, pois há sanções de ambas as naturezas no art. 12 da Lei 8.429/92, aplicáveis de forma isolada ou cumulativa (*caput* do art. 12, com a redação da Lei 12.120/09), o que atende ao art. 292 do Código de Processo Civil<sup>216</sup>.

Conforme se viu alhures<sup>217</sup>, são consideradas de *natureza condenatória* as sanções de *ressarcimento*, de *perda de bens* e de *multa*, visto que cominam *prestação* a ser cumprida pelo réu.

Têm *caráter constitutivo* as sanções de *perda função pública* e de *suspensão dos direitos políticos* porque acarretam *modificação substancial na situação jurídica* do réu da ação por improbidade, em caso de procedência do pedido.

A *proibição de contratar* com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios é provimento judicial de natureza *mandamental* para o Poder Público e *constitutivo* para o réu, na medida em que lhe impõe uma *capitis diminutio*, tornando-o insuscetível de contratar.

Inviável, na ação por improbidade, o pedido *meramente declaratório*, porque esta ação não se presta à simples elisão de incertezas jurídicas. Sua finalidade será sempre a de aplicação das sanções previstas no art. 12, de modo que a pretensão, conforme se viu, será sempre condenatória ou constitutiva, dependendo da punição almejada pelo autor da ação.

---

<sup>214</sup> *Poder Judiciário...*, p. 92.

<sup>215</sup> *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 207.

<sup>216</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 757.595/MG.

<sup>217</sup> Seção 7.2 deste trabalho.

Não se pode ignorar, porém, que a petição inicial poderá ter como premissa a irregularidade ou invalidade de ato ou contrato do qual tenha participado o réu, que consistirá na *causa de pedir* das sanções pleiteadas.

Destarte, é bastante provável que o réu negue, na contestação, a afirmada invalidade ou irregularidade do ato ou contrato, com o que estará contestando o *fundamento do pedido* do autor (art. 325 do CPC), defesa esta que se traduz numa *questão prejudicial* a ser resolvida pelo juiz<sup>218</sup>.

A princípio, a resolução da questão prejudicial não extrapola o âmbito do pedido, de forma que a declaração judicial sobre a validade ou invalidade do ato ou contrato impugnado não terá repercussão extra-autos, apenas atuando como premissa da aplicação das sanções requeridas na petição inicial.

Nestes termos, ainda que o juiz declare irregular ou inválido o ato impugnado pelo autor, esta declaração não deverá elidir o ato, em si, que continuará produzindo efeitos enquanto não for objeto de anulação ou revogação na seara administrativa ou judicial.

Justamente por isso, a declaração sobre a irregularidade ou invalidade do ato não fará coisa julgada material, em observância ao inciso III do art. 469, do Código de Processo Civil.

Contudo, o art. 470 do Estatuto Processual Civil permite que uma das partes postule o julgamento da questão prejudicial em caráter declaratório incidental, desde que o juiz seja competente em razão da matéria, hipótese em que a decisão sobre a validade do ato ou contrato será agregada ao objeto da ação e também adquirirá a qualidade de coisa julgada material.

Este entendimento foi esposado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>219</sup>, que afirmou a possibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade, em ação civil pública, de qualquer ato normativo do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à solução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

A declaração incidental não sofrerá obstáculos se o autor da ação de improbidade for o ente público em cujo âmbito foi praticado o ato ou firmado o contrato, como titular do interesse cuja defesa motivou a ação.

No entanto, se o autor da ação for o Ministério Público, cuja atuação se dá em substituição processual, será necessária a citação do ente público interessado como

---

<sup>218</sup> Marino Pazzaglini Filho, *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 207.

<sup>219</sup> Recurso Especial 864.005/SP; Recurso Especial 619.946/RS.

litisconsorte passivo necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, em face dos reflexos que a sentença poderia produzir na sua esfera jurídica.

Acaso não haja a citação, a sentença será nula em relação ao ente público em questão, dada a não observância do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

Questão de alta indagação se refere à possibilidade do pedido autônomo, na ação por improbidade, para a anulação ou invalidação do ato considerado ímprobo, caso em que a sentença, além de aplicar cumulativamente as sanções do art. 12 da Lei de Improbidade, também teria o efeito de desconstituir o ato considerado irregular ou ilegal.

Em que pese alguns defendam a possibilidade desta cumulação<sup>220</sup>, há boas razões para considerá-la inviável ou, em última análise, contrária à efetividade da ação por improbidade.

Um dos obstáculos que se coloca à sobredita cumulação é a diferença existente entre o rito da ação por improbidade e o da ação civil pública, por meio da qual, em regra, são veiculadas tais pretensões.

A ação por improbidade, em face das modificações introduzidas nos §§ 6º a 12 do art. 17 da citada lei, pela Medida Provisória 2.225-45/2001, passou a ter rito especial, diante da necessidade de notificação do réu para apresentar defesa preliminar e da possibilidade de rejeição liminar da petição inicial.

Sem dúvida, se trata de novo regramento que contribui para dificultar a cumulação da ação por improbidade com o pedido de decretação da nulidade do ato ímprobo, conforme acentua José Antonio Lisboa Neiva<sup>221</sup>.

A par disso, enquanto a típica ação por improbidade pode ser direcionada exclusivamente contra o responsável pela conduta desviante, o pedido autônomo de anulação e desconstituição do ato ou contrato considerado ímprobo exigirá a inclusão no pólo passivo e a conseqüente citação de todas as partes interessadas, como litisconsortes passivos necessários, sob pena de não produzir efeitos, nos termos do art. 47 do CPC.

É o que professa Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>222</sup>, em parecer sobre a nulidade por ausência de citação do Município respectivo e do suposto beneficiário dos pagamentos recebidos por contrato de prestação de serviços, em ação por improbidade movida exclusivamente contra o Prefeito Municipal, em que havia o pedido de declaração da nulidade do contrato, suspensão dos pagamentos e ainda da condenação do réu à devolução dos valores pagos ao prestador dos serviços.

---

<sup>220</sup> Wallace Paiva Martins Filho, *Probidade administrativa*, p. 400.

<sup>221</sup> *Improbidade administrativa*, p. 164.

<sup>222</sup> *Ação civil pública, ação de improbidade administrativa, ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário*, p. 229-256.

No parecer, anota Teresa Wambier que havia nexo de prejudicialidade entre o primeiro e os demais pedidos, mas que o primeiro deles não poderia ser julgado sem que as partes contratantes tivessem integrado a relação jurídico-processual, em litisconsórcio passivo unitário-necessário, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, inscrito no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Em síntese, conclui aquela autora que *movida a ação com o intuito de anular ou declarar a nulidade de um negócio jurídico, todos aqueles que compõem o negócio jurídico devem integrar, obrigatoriamente, a relação jurídico processual*, sob pena de ineficácia da sentença.

Ainda arremata, com evidente gravidade, que mesmo após o trânsito em julgado da sentença a *querela nullitatis insanabilis* é passível de ser argüida por qualquer meio processual, dada a inexistência, no direito processual civil brasileiro, de ação processual típica, especificamente criada para este fim.

Logo se percebe que a cumulação do pedido anulatório é, senão inviável, de todo inconveniente à efetividade e celeridade da aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, em face da pluralidade necessária de réus e do natural tumulto processual que isso provocará, seja pelos incidentes e recursos que cada um deles suscitará, seja pela dedutível complexidade que se adicionará à lide, dificultando o seu julgamento em prazo razoável.

Frente a estas considerações, conclui-se que a cumulação de pedidos anulatórios com a pretensão punitiva dos atos de improbidade constitui, em última análise, um evidente erro estratégico, pois comprometerá sensivelmente a efetividade da ação por improbidade administrativa.

### **7.3 Competência em razão da matéria**

Segundo Carnelutti<sup>223</sup>, denomina-se competência *a extensão de poder que pertence (compete) a cada órgão judicial ou a cada componente do órgão, em comparação com os demais*.

Uma das graves lacunas da Lei 8.429/92 é a completa inexistência de regras de determinação da competência para a ação por improbidade, o que obriga doutrina e

---

<sup>223</sup> *Sistema de direito processual civil*, vol. II, p. 360.

jurisprudência a construir um sistema de competência territorial e também em razão da matéria para este tipo de ação.

A única previsão da lei é o § 3º do art. 17, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que estabelece a *vis attractiva* do juízo da ação de improbidade em relação a outras ações posteriores que tenham a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Neste caso, a lei está tratando de casos de conexão ou continência, que serão objeto de análise mais à frente.

No que diz respeito à competência material, devem ser observadas as regras estampadas na Constituição Federal de 1988, com a indispensável participação da doutrina e da jurisprudência para a melhor compreensão dos dispositivos ali encontrados.

Nas ações por improbidade que têm início no primeiro grau de jurisdição, a competência material pode ser da Justiça Federal, da Justiça Estadual e até mesmo da Justiça do Trabalho.

Sendo residual a competência da Justiça Estadual, caberá a ela o julgamento das ações de improbidade que não forem da competência da Justiça Federal ou da Justiça do Trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho para ação de improbidade não coaduna com hipóteses nascidas de *relação de emprego*, mas pode ocorrer em casos de representatividade sindical, nos termos do inciso III do art. 114 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004.

No Conflito de Competência 59.549/MA, julgado no dia 23 de agosto de 2006, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que, após a edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, as questões relacionadas ao processo eleitoral sindical estão afetas à competência da Justiça do Trabalho, de modo que cabe a este ramo judiciário processar e julgar ação de improbidade em que se pretende afastar diretoria de sindicato.

Por outro lado, serão indubitavelmente da competência federal as ações por improbidade em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem autoras ou terceiras intervenientes, na dicção do inciso I do art. 109 da nossa Carga Magna.

O inciso I do art. 109 não menciona as fundações públicas federais. No entanto, sendo elas constituídas com recursos federais inserem-se na órbita dos interesses da União, acarretando a competência da Justiça Federal para as ações que forem autoras, rés ou terceiras intervenientes.

É oportuno frisar que em ações populares envolvendo o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), o Supremo Tribunal Federal entendeu que a competência não é da Justiça Federal, visto que a entidade, apesar de ser equiparada a

autarquia pelo art. 20 da Lei 4.717/65 e manter-se com contribuições paraestatais, tem natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integra a Administração Pública Direta ou Indireta. Nestes casos, foi reconhecida a competência da Justiça Estadual<sup>224</sup>.

O mesmo entendimento foi perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar questão idêntica<sup>225</sup>.

Este caminho, aliás, segue os fundamentos que levaram ao enunciado da Súmula 516 do STF, de que *o Serviço Social da Indústria-SESI está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual*.

Por tais razões, não são da competência da Justiça Federal eventuais ações por improbidade em que sejam partes o SESI, o SENAI, o SENAC e outras entidades da mesma natureza.

Ordinariamente, também não se compreendem na competência da Justiça Federal as ações envolvendo sociedades de economia mista em que a União Federal seja acionista majoritária (v.g., o Banco do Brasil S.A.), uma vez que elas são consideradas pessoas jurídicas de direito privado e se submetem às mesmas normas e regimes legais aplicáveis a qualquer outra pessoa jurídica desta natureza, de acordo com o inciso II do § 1º e o § 2º do art. 173 da Constituição.

Assim, em regra, as ações que envolvem sociedades de economia mista não são da competência federal, o que já ficou assentado na Súmula 42 do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado diz que *compete à justiça comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento*.

Entretanto, as sociedades de economia mista, em sua atuação, devem observância a certas regras de direito público, como a exigência de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, como dispõe o inciso III do § 1º do art. 173, da Constituição Federal.

Além disso, condutas que possam trazer grave prejuízo ao patrimônio deste tipo de sociedade estarão comprometendo também patrimônio público, na medida em que uma entidade estatal é sua acionista principal.

Quando a atuação da sociedade de economia mista ultrapassa os meros atos de gestão e transmigra para ato de natureza administrativa, no sentido de atuar como braço da

---

<sup>224</sup> Recurso Extraordinário 366.168/SC.

<sup>225</sup> Recurso Especial 764.781/SC.

Administração Pública e em prol do interesse público, haverá a sujeição à fiscalização estatal (CF, art. 173, inciso I) e aos ditames da Lei de Improbidade<sup>226</sup>.

Nesta hipótese, a ação por improbidade será da competência federal quando o acionista majoritário da sociedade for a União ou qualquer outra entidade mencionada no inciso I do art. 109 da Carta Magna.

Julgando questão análoga no Recurso em Mandado de Segurança 12.131/PR, em sessão do dia 21 de junho de 2001, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendeu que competia à Justiça Federal apreciar pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal da Companhia Energética do Estado de Roraima, em impetração do Ministério Público Federal, com a finalidade de investigar suposto desvio de verbas repassadas pela Eletrobrás S.A.

Como fundamento para reconhecer a competência federal, aquela Corte Superior pautou-se no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal, que atribui ao Tribunal de Contas da União a função de fiscalizar o repasse de verba federal a outro ente político da federação.

Todavia, decidiu a Primeira Seção daquela mesma Corte que não há competência federal quando o repasse de verbas ocorre por determinação constitucional, como aqueles devidos ao FUNDEF (alínea *d* do inciso I do art. 208 da CF), a não ser que a União complemente com verbas próprias o repasse obrigatório<sup>227</sup>.

Questão que tem ensejado muitas controvérsias é a da competência em razão de ação proposta pelo Ministério Público Federal, cuja presença no pólo ativo, por si só, poderia bastar para determinar a competência da Justiça Federal.

Em julgamento ocorrido em 22 de outubro de 2008, no Conflito de Competência 86.632/PI, em que atuou como relator o Ministro Luiz Fux, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu, com fundamento no inciso I do art. 109 da Carta Magna, que a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público Federal, órgão da União, conduz à inarredável conclusão de que somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que negando a sua legitimação ativa, a teor do que dispõe a Súmula 150/STJ.

Este precedente jurisprudencial não garante, contudo, a competência da Justiça Federal pela simples presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da ação, apenas reconhece que cabe a ela resolver se ação intentada pelo *Parquet* envolve interesse da União

---

<sup>226</sup> Sobre sujeição de sociedade de economia mista às normas e princípios de probidade administrativa, vide decisões do Superior Tribunal de Justiça em nos Recursos Especiais 789.749/RS e 594.117/RS, julgados, respectivamente, em 17.05.07 e 18.05.06.

<sup>227</sup> Conflito de Competência 79.033/PR, julgado em 26.11.08.

ou de alguma das outras entidades apontadas no inciso I do art. 109 da Constituição, nos termos do enunciado da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça.

Se não for reconhecido o interesse federal na ação de improbidade, deve ser reconhecida a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e extinto o feito por carência de ação, com fundamento no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil.

Este mesmo entendimento foi adotado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 440.002/SE, julgado em 18 de novembro de 2004, ao reconhecer que a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizar ações civis públicas é limitada aos casos em que haja interesse federal. Não havendo este interesse, a Justiça Federal deve reconhecer a ilegitimidade ativa e extinguir o feito sem apreciação do mérito.

Portanto, embora sempre seja da Justiça Federal a competência para apreciar as ações ajuizadas pelo Ministério Público Federal, não será reconhecida a legitimidade deste sem o interesse federal na lide.

#### **7.4 Competência territorial**

Ao passo em que a competência em razão da matéria define o órgão judiciário a quem cabe processar e julgar uma ação, a competência territorial se traduz em delimitação do espaço geográfico para a atuação dos magistrados que integram aquele órgão.

Pode-se falar, no aspecto territorial, em *foro* ou *juízo* competente para o julgamento da ação.

Foro competente será a área espacial em que tem jurisdição o órgão judiciário e que corresponde ao território denominado comarca ou subseção judiciária, no primeiro grau de jurisdição.

A denominação *comarca* usualmente é adotada no âmbito do Poder Judiciário Estadual, enquanto *subseção* é a denominação da área de competência do Poder Judiciário Federal.

Tais denominações encontram origem na própria Constituição Federal, quando se refere à jurisdição federal como *seção judiciária* (§ 1º e 2º do art. 109) e usa a expressão *comarca* quando quer se referir à jurisdição estadual (§ 3º do art. 109).

*Juízo* vem a ser a célula jurisdicional localizada em uma comarca ou subseção, ocupado por um juiz titular, que recebe o nome de *vara* no âmbito das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho.

A Lei 8.429/92 não contém previsão sobre o foro competente para o ajuizamento de uma ação por improbidade.

Diante dessa omissão e em face da natureza civil da ação por improbidade, uma solução seria aplicar as regras comuns de competência encontradas no Código de Processo Civil (art. 94 a 101).

Nesta hipótese, em face da natureza repressiva da ação por improbidade, posto que só tenha lugar diante de conduta já consumada do agente público, poder-se-ia entender como foro competente o do *lugar do ato ou fato* para a ação de reparação do dano (alínea *a* do inciso V do art. 100 do CPC). Este, a rigor, é o mesmo critério adotado para determinar a competência na ação civil pública (*caput* do art. 2º da Lei 7.347/85), posto que em ambos os casos o legislador teve em mente estabelecer a competência do foro da ocorrência do dano para o ajuizamento da ação.

Esta regra, no entanto, poderá oferecer dificuldades quando a conduta não tenha gerado dano material ao Poder Público, como acontece nas violações a princípios da Administração, previstas no art. 11 da Lei de Improbidade.

Isso se resolve, todavia, se for considerado que há dano também ao patrimônio moral da Administração, quando a conduta do agente público leva desconfiança e descrédito aos serviços ali prestados.

De qualquer modo, mais importante para a determinação da competência territorial parece ser a circunstância de que a ação de improbidade tem em mira, acima de tudo, a efetiva satisfação aos cidadãos e administrados sobre a punição a atos de improbidade, dando-lhes a convicção e a tranquilidade de saber que os desvios de condutas não ficam impunes.

Por esta razão, o foro competente a ação por improbidade deve ser o do lugar onde o agente público tem a sua sede e em que aufere competência para o exercício das suas atribuições.

Neste sentido decidiu a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Conflito de Competência 47.950/DF<sup>228</sup>, onde se discutiu a competência do foro para a ação popular. Tratando-se de caso em que o autor da ação tinha domicílio na cidade do Rio de Janeiro (RJ), mas o ato danoso se consumou em Brasília (DF), decidiu aquela Corte que os fundamentos constitucionais da ação popular levam a prestigiar o foro do domicílio do autor da ação como sendo o competente para o ajuizamento da ação.

---

<sup>228</sup> DJU 07.05.07, p. 252.

*Mutatis mutandis*, são argumentos que também devem ser transpostos para a ação por improbidade administrativa, de modo a justificar que ela seja proposta no foro onde tem sede funcional o agente público.

## 7.5 Conexão e continência

Nas abalizadas palavras de Bruno Silveira de Oliveira<sup>229</sup>, estudar a conexidade é investigar as *relações lógicas* entre as alegações feitas pelas partes, cada qual referente a eventos situados no plano material do ordenamento, vindos ao processo por iniciativa daquelas. Portanto, duas ou mais demandas são conexas quando existir algum tipo de relação lógica entre elas.

Observa o citado autor que a compreensão sistemática da conexidade e de seus efeitos, tais como previstos nas regras processuais, permite *flexibilizar o procedimento*, segundo critérios seguros, dotando o processo de efetividade, na maior medida possível.

A conexão de demandas é uma conseqüência natural dos fatos da vida. Assim como eles se relacionam no tempo e no espaço, também as demandas podem ter vínculos entre si, o que induz à possibilidade de contradição ou conflito entre duas ou mais sentenças judiciais.

Daí a necessidade de flexibilizar as regras procedimentais, naquilo que a doutrina chama *causas de modificação da competência*, de modo a viabilizar a reunião dos processos conexos num juízo prevento e assim unificar intelectualmente as decisões, assegurando que na solução das diversas demandas não haverá conflito e nem contradição, que em última análise podem comprometer a seriedade e a efetividade da jurisdição<sup>230</sup>.

O mesmo se aplica à *continência*, que segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>231</sup> é uma espécie de conexão quando o pedido é mais amplo do que outro.

Nos termos do art. 103 do Código de Processo Civil, ocorre *conexão* entre duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Por seu turno, haverá *continência* entre duas ou mais ações sempre que houver identidade (coincidência) quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma for mais amplo e abranger o da outra (art. 104 do CPC).

---

<sup>229</sup> *Conexidade e efetividade processual*, p. 26.

<sup>230</sup> Cf. Arruda Alvim, in *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 318.

<sup>231</sup> *Ação civil pública e ação popular...*, p. 145.

Tanto num como noutro caso, a solução apontada pelo Código de Processo Civil é a reunião de processos no juízo prevento, para que todas as demandas sejam decididas simultaneamente (art. 105).

O fundamento da reunião de processos é a possibilidade da contradição ou conflito entre sentenças. Sem a presença destes riscos, não haverá conexão no sentido técnico-processual, sendo injustificada a predita reunião, de modo que cada juiz deverá julgar a sua causa.

Com efeito, observa Humberto Theodoro Jr.<sup>232</sup> que a reunião de processos se torna imperiosa quando há efetiva possibilidade prática de ocorrerem julgamentos contraditórios nas causas, o que somente se dará quando houver questão comum a decidir e não apenas fato comum não litigioso.

Conexão haverá quando a mesma causa de pedir der origem a pedidos distintos, entre as mesmas partes. Ou quando o mesmo pedido (pretensão concreta idêntica) for deduzido em ações distintas, pelo mesmo interessado ou não.

Já a continência, assim como a litispendência, só pode ocorrer entre as mesmas partes<sup>233</sup>.

Entre as mesmas partes, um fato jurídico (causa de pedir) não pode receber interpretações distintas, capazes de dizer e ao mesmo tempo desdizer o comando jurisdicional.

Para que se obtenha alguma simetria nos efeitos produzidos pelas relações jurídicas, estas devem ser compreendidas da mesma maneira, ao menos quando os interessados forem os mesmos, sob pena de gerar instabilidade social, frustrando a pacificação que constitui a razão de ser da tutela jurisdicional.

De outra parte, sendo objeto de disputa o mesmo *bem da vida* (mesmo pedido), não pode haver soluções judiciais díspares, seja entre os mesmos interessados ou diversos deles. A atuação jurisdicional deve ser unívoca, entregando este bem, ao final dos processos judiciais, a somente um dos interessados, ressalvados os casos legais de comunhão.

Verifica-se que a identidade das causas de pedir ou dos pedidos não é aferida segundo idéia abstrata, mas na situação concreta da vida, envolvendo dois ou mais interessados. Trata-se de comunhão de situações fáticas e não de análise ideal de categorias lógicas, que não geram nenhuma repercussão no sentido empírico do direito.

---

<sup>232</sup> *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 211.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 210.

Nestes termos, não haverá conexão ou continência quando as causas de pedir e as pretensões forem abstrata ou idealmente iguais, mas não tiverem nenhuma correlação fática ou concreta.

Neste sentido a lição de Arruda Alvim<sup>234</sup>, ao afirmar que a causa de pedir abrange razões de direito e também as de fato, seguindo-se que sendo diversos os fatos em que se apóia o pedido não ficará caracterizada a conexão de causas.

Eventual identidade abstrata de demandas vai gerar interesse apenas em procedimentos de uniformização de jurisprudência ou controle concentrado de constitucionalidade, onde se discutem questões eminentemente de direito, mas não produzirão qualquer efeito no que diz respeito à conexão ou continência.

A continência e a conexão suscitam controvérsias também nas ações por improbidade administrativa, com tormentosa circunstância de nem sempre haver uma perfeita identidade entre partes destas demandas, o que obriga o intérprete a uma revisão dos paradigmas dos art. 103 e 104 do Código de Processo Civil.

Com efeito, havendo legitimação concorrente disjuntiva para o ajuizamento da ação, os critérios tradicionais de aferição da conexão e da continência não serão suficientes para identificar estas figuras processuais nas ações por improbidade ou em ações coletivas.

Por isso não se pode concordar com Pedro Roberto Decomain<sup>235</sup> quando afirma que somente se pode reconhecer a litispendência entre duas ações populares se coincidentes também o autor e as partes requeridas da ação, além do objeto e da causa de pedir. Do contrário, entende ele, poderá ser caso de conexão e não de litispendência.

Esta controvérsia não é despida de interesse empírico, pois caso se reconheça apenas a conexão entre duas ações ambas deverão ser julgadas em seu mérito, pois não dizem respeito propriamente à mesma ação. Contudo, se houver o entendimento de que existe litispendência entre elas, apenas uma poderá ser julgada no mérito, extinguindo-se as demais sem apreciação da questão de fundo (art. 267, inciso V, do CPC).

As dificuldades aumentarão na medida em que as pretensões não forem absolutamente coincidentes em duas ações por improbidade ou entre uma destas e ação popular ou ação civil pública.

---

<sup>234</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 319-320.

<sup>235</sup> *Conexão entre ações populares...*, p. 107.

Neste ponto, mostram-se aplicáveis alguns princípios e institutos do processo coletivo, que fogem à ortodoxia do processo convencional, conforme a lição de Ada Pellegrini Grinover<sup>236</sup>.

Estes mecanismos implicam o poder do juiz de interpretar extensivamente o pedido e a causa de pedir, com mais flexibilidade, para análise de conexão, continência e litispendência, dando ênfase ao *bem jurídico a ser protegido*.

É o que defende Ada Pellegrini Grinover<sup>237</sup>, ao analisar a possibilidade de concomitância entre ação civil pública intentada para a defesa da moralidade administrativa e uma ação popular de cidadão legitimado diretamente pela Constituição (art. 5º, LXXIII).

Entende aquela autora que há identidade de partes ativas, embora numa ação esteja o Ministério Público e noutra um cidadão, porque ambos estão agindo como substitutos processuais da coletividade. Em última análise, quem estaria litigando seria a coletividade.

E assim também seria no caso de duas ações populares movidas por cidadãos distintos ou de duas ações civis públicas promovidas, respectivamente, pelo Ministério Público e por associação legitimada pelo art. 5º da Lei 7.347/85.

Tal raciocínio se adéqua perfeitamente à ação por improbidade, pois o Ministério Público age na condição de substituto processual do ente público ou privado que sofreu prejuízo com o ato ímprobo. Assim, deve ser reconhecida a identidade de parte no pólo ativo da ação.

Alguns dirão que na ação por improbidade é o interesse da coletividade (interesse coletivo) que está em jogo. *A fortiori*, também este argumento vem a reforçar a tese de que os interesses defendidos são os mesmos.

Por isso, havendo coincidência total entre o pedido e a causa de pedir de ação por improbidade e ação popular ou ação civil pública, deve ser reconhecida a litispendência entre elas, em que pese os respectivos autores não sejam formalmente os mesmos.

Todavia, esta coincidência total dificilmente ocorrerá, salvo entre duas ações por improbidade, visto que, excetuando pedido de ressarcimento de prejuízo ou perda de bens ilícitamente adquiridos, as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 não podem ser deduzidas em ação popular ou ação civil pública, onde se pedirá a anulação do ato ímprobo e o ressarcimento dos prejuízos causados<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> *Direito processual coletivo*, p. 302-308.

<sup>237</sup> *Ação civil pública e ação popular...*, p. 142-144.

<sup>238</sup> Sobre a diversidade de objeto entre ação por improbidade, ação popular e ação civil pública, vide seção 6.5 deste trabalho.

Não havendo coincidência absoluta entre o pedido e a causa de pedir de ações coletivas e da ação por improbidade, afirma Ada Pellegrini Grinover que se manifestará o fenômeno da conexão ou da continência, ensejando a reunião de processos, na forma do art. 105 do Código de Processo Civil.

Este é o mesmo entendimento de Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>239</sup>, para quem o regime jurídico do processo coletivo é distinto do processo individual, no que toca à análise da conexão, da continência e da litispendência, até mesmo por indução do disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que foge aos parâmetros dos §§ 1º a 3º do art. 301 do Código de Processo Civil.

Também o citado autor defende a possibilidade e necessidade de se fazer uma interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, em virtude da peculiaridade do bem jurídico coletivo.

Sustenta Lucon que a inexistência de um Código de Processos Coletivos não impede esta conclusão, visto que o sistema hoje existente já permite uma nova visão sobre a relação entre as demandas coletivas e sobre a relação entre estas e as demandas individuais.

Alerta que o bem jurídico coletivo diz respeito não a interesses individualmente considerados (privados), tampouco a interesses do Estado (públicos), mas a interesses de determinados grupos ou corpos intermediários (coletivos), daí surgindo a necessidade de superar a rígida divisão entre o público e o privado.

Para tanto, proclama a interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir no processo coletivo, de modo a não se exigir a rígida coincidência entre eles. Sendo identificado o *bem jurídico a ser protegido* (pedido mediato), não importa que os legitimados ativos ou passivos sejam distintos, desde que a mesma coletividade seja titular do direito em tela.

Nestes termos, sustenta a possibilidade de conexão ou continência, por exemplo, entre uma ação popular e uma ação civil pública, conquanto diferentes os legitimados ativos, havendo entre ambas alguns elementos de identificação, o que permitirá que se alcance maior efetividade processual, dentro desta nova perspectiva de alguns institutos processuais.

Conforme estas premissas, conclui-se que os fenômenos da conexão, continência e litispendência podem ser reconhecidos em ações coletivas típicas ou em outras congêneres, como a ação por improbidade, ainda que, em razão da legitimidade ativa concorrente e disjuntiva, os seus autores não sejam os mesmos.

---

<sup>239</sup> *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas...*, p. 184-194.

Prevalece, neste caso, a identidade, parcial ou total, do bem jurídico a ser tutelado, pois ele é a razão de ser da reunião de processos em razão da conexão, continência e até mesmo da litispendência.

Ao reconhecer estes institutos processuais, na sua forma convencional, o direito processual não visa impedir que haja reiteração de lides entre os mesmos indivíduos, mas evitar que eles litiguem novamente sobre os mesmos bens ou obtenham decisões contraditórias tendo como supedâneo a mesma relação jurídica-base.

A identidade de sujeitos na continência (CPC, art. 104) e na litispendência (idem, art. 301, §§ 1º e 2º) pressupõe, na realidade, a coincidência parcial ou total do bem jurídico tutelado, que obviamente só terá relevância concreta se envolver os mesmos sujeitos de direito. Fossem eles pessoas distintas, provavelmente deixaria de existir também a coincidência do objeto, salvo havendo disputa de pessoas diversas precisamente por uma só coisa.

Nas ações em que é admitida a legitimidade concorrente disjuntiva, como na ação por improbidade, esta coincidência de sujeitos torna-se irrelevante porque o bem jurídico protegido não está vinculado a uma pessoa específica, ao contrário do que ocorre nas lides de natureza individual.

Tratando-se de bens que atinem ao interesse público, surge o fundamento da legitimidade concorrente, como fator de maior efetividade da sua tutela, principalmente com a legitimação do Ministério Público como órgão independente e com vocação constitucional para este tipo de atuação.

Porém, não há como negar que ações múltiplas, embora patrocinadas por diferentes autores, têm identidade de objeto quando visam proteger o mesmo bem jurídico, implicando a necessidade da reunião de processos para evitar decisões redundantes ou contraditórias entre si.

Por estes fundamentos, deve ser admitida a conexão ou continência de processos quando houver coincidência parcial dos seus objetos, embora os respectivos autores sejam diversos, o que é possível em se tratando de ação popular, ação civil pública e ação por improbidade.

É essencial, todavia, que entre os pedidos haja possibilidade de conflito e contradições, sem o que não haverá fundamento para o reconhecimento da conexão ou continência entre as respectivas ações. Se a causa de pedir é a mesma, mas as pretensões são independentes entre si, não haverá motivo para o reconhecimento da prevenção.

Se a coincidência de objeto é total, então haverá litispendência, mesmo sendo diferentes os autores das respectivas ações.

Diz o § 5º do art. 17 da Lei 8.429/92, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Nesta parte, o legislador adotou postura semelhante àquela da ação civil pública (parágrafo único do art. 2º da Lei 7.347/85).

Observa-se que o citado dispositivo legal destoa do procedimento ordinário, que o *caput* do próprio art. 17 impõe às ações por improbidade administrativa.

Isso ocorre no tocante à propositura da ação como critério de determinação da prevenção, ao passo que o rito ordinário prevê duas regras distintas, a do despacho em primeiro lugar (art. 106 do CPC) e a da citação válida (*caput* do art. 219, *idem*), o que contribui para estabelecer algumas dúvidas acerca da prevenção.

A julgar pelo sentido gramatical do citado texto, o que determinaria a prevenção seria a simples propositura da ação, ou seja, no momento em que a petição inicial é despachada pelo único juízo do foro ou simplesmente distribuída onde houver mais de uma vara competente, conforme o art. 263 do Código de Processo Civil.

Este critério de prevenção já foi admitido como válido em mais de uma oportunidade pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça<sup>240</sup>.

A prevenção não será determinada pelos critérios comuns quando houver conexão entre ações que se encontram, respectivamente, na Justiça Federal e na Justiça Estadual, posto que nesse caso a *vis attractiva* será exercida pela especialidade federal, conforme decidiu a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça<sup>241</sup>.

## 7.6 Litispendência e coisa julgada na ação por improbidade

Precedendo as preocupações com os reflexos da litispendência e da coisa julgada na ação por improbidade há discussão em torno de qual a categoria em que devem ser catalogadas estas figuras processuais, se nos pressupostos processuais ou nas condições da ação.

---

<sup>240</sup> Conflitos de Competência 45.297/DF e 39.590/RJ.

<sup>241</sup> Conflito de Competência 39.111/RJ.

Respeitada parcela da doutrina pátria<sup>242</sup>, classificando os pressupostos em *subjetivos* e *objetivos*, considera pressupostos objetivos a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso ou inépcia da petição inicial.

Discorrendo sobre o tema, Arruda Alvim<sup>243</sup> situa a litispendência e a coisa julgada entre os *pressupostos processuais negativos ou extrínsecos*.

Tal opinião não é compartilhada por Donaldo Armelin<sup>244</sup>, para quem há uma zona cinzenta entre a categoria das condições de admissibilidade da ação e a dos pressupostos processuais constituída pelo conjunto dos pressupostos nomeados pela doutrina pressupostos processuais negativos.

Entende o citado autor que a coisa julgada e a litispendência, de modo geral, constituem uma vedação definitiva à atuação da jurisdição relativamente a um pedido veiculado através do exercício do direito de ação, pois a duplicidade de processos relativamente ao mesmo pedido importa na inutilidade do segundo, mesmo que pendente o primeiro, denotando manifesta e objetiva *carência de interesse de agir* do autor.

Por isso, sustenta que a coisa julgada e a litispendência se encartariam melhor nas categorias genéricas de condições da ação, porque atingem o direito de ação.

Ao largo da discussão doutrinária em torno da categoria processual da litispendência e da coisa julgada, cumpre assinalar os reflexos destas figuras na ação por improbidade administrativa.

Remete-se a análise da coisa julgada ao Capítulo 12 (item 12.3), onde recebe abordagem conexa com a sentença e os seus efeitos na ação por improbidade.

No tocante à litispendência, é definida pelo Código de Processo Civil como a repetição de ação em curso (§ 3º do art. 301). Uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (§ 2º, *idem*).

Verificando-se a litispendência, a segunda ação deverá receber sentença de extinção, sem apreciação do mérito, como reza o inciso V do art. 267 do Estatuto Processual Civil.

Vale ressaltar que a litispendência somente é induzida pela citação válida, determinada por juiz competente, nos termos do *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil.

Isso porque, antes da citação, o autor ainda terá a faculdade de modificar livremente qualquer elemento da ação, de acordo com o art. 264 do Código. Há, pois, antes da citação, a possibilidade de modificar a identidade da ação. Havendo a modificação de qualquer dos seus

---

<sup>242</sup> Humberto Theodoro Jr. *Curso de direito processual*, vol. I, p. 73; Ernani Fidélis dos Santos. *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 37.

<sup>243</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 443-444.

<sup>244</sup> *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 41-43.

elementos, ela deixará de ser a reprodução da primeira ação, fazendo desaparecer a litispendência que antes se desenhava.

Em consonância com os fundamentos já expendidos para a conexão e continência, observa José Antonio Lisbôa Neiva<sup>245</sup> que deve haver uma mitigação na coincidência dos elementos da ação, definidos pelos § 1º e 2º do art. 301 do Código de Processo Civil, porque nas demandas de natureza coletiva haveria legitimação ideológica do demandante, na defesa de interesses meta-individuais, em legitimação concorrente e disjuntiva.

A ocorrência de litispendência, todavia, não pode dar causa à imediata extinção do processo (CPC, art. 267, V), como se faria usualmente em ações de natureza individual. Há que se determinar a reunião de processos e aguardar que um deles tenha o seu mérito julgado.

Isso porque a propositura da ação por um dos legitimados concorrentes não pode inibir a iniciativa dos demais, aos quais deverá ser garantido o exercício da sua faculdade processual, ainda que isso seja feito na ação que precedeu as demais no tempo.

Não fosse assim, poder-se-ia ocasionar o favorecimento de demanda mal postulada e até mesmo maliciosa, pelo autor que teve a primazia sobre os outros, com evidentes prejuízos para o bem jurídico a ser protegido.

Por isso, tem razão Luiz Manoel Gomes Júnior<sup>246</sup> ao afirmar que mesmo havendo coincidência entre o objeto de ação popular e uma ação civil pública, deve haver a reunião de processos, com os mesmos fundamentos da conexão, para tramitação e decisão conjunta, até que haja a sentença na ação principal.

Sobre este ponto, cabe fazer remissão às considerações a respeito da coisa julgada quanto a ação proposta por um dos entes legalmente investidos na legitimação, no item 12.3 deste trabalho.

## **7.7 Pagamento de custas e despesas processuais**

A questão atinente ao pagamento das custas e despesas processuais não recebe tratamento específico da Lei 8.429/92, devendo ser resolvida de acordo com o direito comum, em que se destacam as regras do Código de Processo Civil e outras leis especiais.

---

<sup>245</sup> *Improbidade administrativa*, p. 181.

<sup>246</sup> *Curso de direito processual coletivo*, p. 116-117.

O art. 24-A da Lei 9.028, de 12 de abril de 1995, isenta União, suas autarquias e fundações do pagamento de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias judiciais.

Nas ações que tenham curso na Justiça Federal a *Fazenda Pública* é isenta do pagamento de custas pela Lei 9.289, de 04 de julho de 1996. Estão compreendidos na isenção a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações (inciso I do art. 4º da Lei 9.289/96). É também isento do pagamento de custas o *Ministério Público* (inciso III do art. 4º).

Todavia, a isenção não exime a Fazenda Pública de reembolsar a parte contrária nas despesas que eventualmente efetuou no processo, caso esta saia vencedora, nos expressos termos do parágrafo único do citado art. 4º.

Neste sentido os precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>247</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>248</sup>.

Em se tratando de prova pericial, a Fazenda Pública estará obrigada a adiantar os honorários periciais, visto que este auxiliar do juízo não integra os quadros do Poder Judiciário e não recebe dos cofres públicos, mas sim pelo trabalho que realiza. Daí o enunciado da Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça: “*A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito*”.

Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>249</sup>, a isenção de custas também não alcança os emolumentos por serviços prestados pelos serventuários de cartórios ou serventias não oficializados, pois são remunerados pelos serviços prestados e não pelos cofres públicos.

Em caso de procedência da ação movida pelo Ministério Público, existe vedação constitucional a que o seu integrante receba honorários, custas ou percentagens processuais (art. 128, § 5º, inciso II, da CF).

Se for improcedente a ação movida pelo *Parquet*, não pode o seu representante sofrer condenação pela sucumbência. Eventual responsabilidade pelos encargos será do Estado, quando a ação for movida pelo Ministério Público estadual, ou da União, se a atuação foi do Ministério Público da União<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> Recurso Especial 806.558/RJ.

<sup>248</sup> Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 288.016.

<sup>249</sup> Recurso Especial 1.073.026/SP.

<sup>250</sup> Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 238.

Bastante razoável é a posição defendida por Hugo Nigro Mazzilli de que em caso de improcedência de ação movida pelo Ministério Público os ônus da sucumbência devem ser carreados ao Estado, do qual o Ministério Público é órgão permanente, assim como ocorre nos casos em que os próprios procuradores públicos defendem o órgão estatal.

## 8 CONDIÇÕES DA AÇÃO POR IMPROBIDADE

### 8.1 Considerações introdutórias sobre as condições da ação

Para Chiovenda<sup>251</sup>, *condições da ação* são aquelas necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor ou para que este possa obter um pronunciamento favorável.

Segundo o apontado processualista, são condições da ação: 1) a existência de uma vontade da lei que assegure a alguém um bem, obrigando o réu a uma prestação; 2) a *qualidade*, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3) o *interesse* em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.

As condições da ação devem existir no momento da prolação da sentença e *regulam-se em parte pela lei substancial*, pois é ela que informa sobre a existência duma obrigação, sobre o inadimplemento e a pertinência subjetiva dos direitos. Já os pressupostos processuais, em regra, devem existir no momento da propositura da ação e *regulam-se pela lei processual*.<sup>252</sup>

Seguindo na mesma direção, Arruda Alvim<sup>253</sup> define as condições da ação como as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito. Em nosso ordenamento jurídico, as condições da ação são o *interesse de agir*, a *legitimação para a causa* e a *possibilidade jurídica do pedido* (art. 295 e 267, VI, do CPC).

Segundo este autor, a possibilidade jurídica do pedido corresponde à existência de proteção jurídica do provimento almejado na ação, no sentido de que deve estar prevista ou não encontrar óbice no ordenamento jurídico. Interesse de agir (ou processual) é aquele que leva alguém a procurar uma solução judicial, sob pena de ver frustrado o atendimento da sua pretensão. A legitimação para a causa (*legitimatatio ad causam*) é a atribuição pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença.

---

<sup>251</sup> *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 89.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>253</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 352-353.

Cumpra sublinhar que parte da doutrina considera que a possibilidade jurídica do pedido se imbrica com o *interesse de agir*, de modo que não poderia ser catalogada como categoria própria nas condições da ação.

## 8.2 A possibilidade jurídica do pedido

Como visto, a possibilidade jurídica do pedido consiste na viabilidade da pretensão deduzida na petição inicial, ou seja, a proteção, em abstrato, pelo ordenamento jurídico, do pedido formulado pelo autor.

Será juridicamente impossível a pretensão abstratamente vedada pelo ordenamento, caso em que o processo deve ser extinto sem apreciação do mérito, por carência de ação, com fundamento no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar que impossibilidade jurídica não se confunde com a lacuna legal. Esta se traduz na inexistência de expressa proteção jurídica da pretensão trazida na petição inicial e provoca a atividade integradora do juiz, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942), por meio da analogia, costumes e princípios gerais do direito.

No caso específico da ação por improbidade, a pretensão deve necessariamente corresponder a uma ou mais das sanções estabelecidas nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei 8.429/92. Grosso modo, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios.

Isso porque existe vínculo entre estas pretensões e as causas de pedir declinadas nos art. 9º, 10 e 11 da mesma lei. Para estes atos de improbidade, aquelas consequências.

Daí ser inviável qualquer outra pretensão, que não as previstas no apontado art. 12.

Não se pode, por exemplo, pretender que, por suposto ato de improbidade, o magistrado aplique ao agente público advertência, remoção compulsória, o rebaixe de função ou suspenda o seu exercício.

Alguns poderão invocar a conhecida máxima de que “*quem pode o mais, pode o menos*”, para defender o entendimento de que, se o juiz pode determinar a perda da função, também poderia decidir pelo rebaixamento ou suspensão da função.

Todavia, a *mens legis* na perda do cargo é a conclusão judicial de que o agente público é pessoa indigna para exercê-lo, motivo pelo qual deve ser afastado de modo definitivo.

Se o erro cometido não chegar a desqualificar inexoravelmente o agente, a lei oferece ao juiz reprimendas mais brandas, como a multa ou mesmo o simples ressarcimento dos danos causados em ação de outra natureza.

O elenco das penalidades aplicáveis por ato de improbidade é taxativo (*numerus clausus*) e não meramente exemplificativo.

Ademais, a ação por improbidade não pode funcionar como substitutivo da atividade administrativa correcional, através da qual devem ser punidos os desvios de pequena significância, mediante a aplicação da pena de advertência, suspensão ou outras de similar gravidade.

Somente os desvios de razoável repercussão devem ser punidos através da ação por improbidade, pois esta é a vocação da Lei 8.429/92<sup>254</sup>.

Por esta razão, qualquer pedido que fuja ao rol do art. 12 será juridicamente impossível em ação por improbidade e trará como conseqüência a extinção do processo por carência de ação.

Questão intrincada é a possibilidade do autor da ação pedir a anulação do ato ou contrato que constitui o veículo formal para a prática do ato de improbidade. Pode ser formulado este pedido?

A anulação do ato ou contrato não pode ser requerida como pedido principal em ação por improbidade, visto que o objeto da lide deve ser exclusivamente a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Contudo, nos termos do art. 470 do Código de Processo Civil, é possível a declaração da nulidade de ato ou contrato administrativo, desde que em caráter declaratório incidental, se o juiz for competente em razão da matéria, conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça em questão análoga<sup>255</sup>.

Hipótese que também merece consideração é a do terceiro que, não sendo agente público, concorre ou induz à prática do ato de improbidade, mas sem dele se beneficiar direta ou indiretamente.

Sabe-se que o terceiro, nesta hipótese, também pode sofrer sanções por improbidade, como expressamente o reconhece o art. 3º da Lei 8.429/92.

---

<sup>254</sup> Sobre a missão constitucional da ação por improbidade, vide a seção 6.3 deste trabalho.

<sup>255</sup> Recurso Especial 864.005/SP; Recurso Especial 619.946/RS.

Contudo, a ele não será possível aplicar a pena de multa civil, se os atos de improbidade estiverem compreendidos no art. 9º ou no art. 11 da lei, por impossibilidade de enquadramento nas bases de cálculo previstas nos incisos I e III do art. 12.

No caso do inciso I, a multa deve ser de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial do terceiro. Mas, se ele não obteve, para si, nenhum benefício, não há base impositiva da multa.

Já o inciso III do art. 12 estipula que a multa deve ser de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente. Obviamente, o terceiro que concorreu para o ato de improbidade não auferiu remuneração, de modo que também neste caso não há base impositiva da multa.

Portanto, nestas hipóteses, não é admitido na petição inicial pedido de multa para o terceiro que concorre ou induz à prática do ato ímprobo.

No caso de se admitir que os agentes políticos (Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, Deputados, Senadores, Governadores, Secretários dos Estados e Prefeitos) também possam ser réus em ação por improbidade administrativa, a depender da revisão do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal na Reclamação 2.138, também não se poderia formular contra eles pedido de perda da função ou de suspensão dos direitos políticos, porque somente ficam sujeitos a tais sanções em julgamentos por crime de responsabilidade, nos termos da Lei 1.079/50 e do DL 201/67.

### 8.3 O interesse de agir

Conforme as lições citadas no início do presente capítulo, entre as condições da ação está o interesse de agir ou interesse processual, expressamente acolhido no art. 3º e também no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil.

Nas palavras de Arruda Alvim<sup>256</sup>, interesse de agir é *aquele que leva alguém a procurar uma solução judicial, sob pena ver frustrado o atendimento da sua pretensão*.

Haverá este interesse quando a intervenção judicial se mostrar imprescindível para a solução da lide, visto que inexistentes ou comprovadamente frustradas outras vias para tanto.

---

<sup>256</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 352-353.

Afirma-se, pois, que há o interesse do autor quando estiver demonstrado que a tutela jurisdicional é *necessária* para dirimir a pendência que existe entre as pessoas que integram a relação jurídica litigiosa.

Além de necessária, deve a tutela jurisdicional estar revestida de utilidade, no sentido de mostrar-se socialmente eficaz, ou seja, produzir resultado concreto entre as partes envolvidas.

Se acaso a tutela jurisdicional não for necessária ou socialmente útil, então o juiz estará decidindo questão meramente teórica ou hipotética, sem qualquer valor no mundo prático, ao que não se presta a sua atuação. Pode-se dizer, neste caso, que falta interesse de agir ao autor, que conduz à extinção do processo por carência de ação, nos termos do inciso VI do art. 267 do CPC.

Em relação à ação por improbidade, haverá interesse de agir sempre que houver indícios da prática dos atos de improbidade elencados nos art. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Verificada alguma daquelas hipóteses, o órgão público prejudicado e o Ministério Público terão o interesse de deflagrar a ação, com vista à punição do responsável nas formas do art. 12.

Eventualmente, pode haver a superveniente falta de interesse processual se o réu comprovar que ressarciu o Erário nos prejuízos sofridos em razão do desvio de conduta. A ausência de interesse ficará caracterizada se o ressarcimento era o único pedido formulado na petição inicial.

O mesmo ocorrerá se o pedido é exclusivamente a perda da função e ocorrer o término do mandato eletivo do réu, antes da prolação da sentença definitiva pelo Poder Judiciário. Clara será a perda do objeto da ação, levando à extinção do processo.

Questão de alta indagação é se há interesse de agir na hipótese de ação movida com o fim de punir agente público que tenha praticado ato de pequena significância funcional.

Como a citada lei não dimensiona os efeitos das condutas desviantes, a ação pode ser cabível, em tese, contra qualquer tipo de ato, do mais ínfimo ao mais retumbante e clamoroso.

Trata-se de perquirir se a ação por improbidade tem vocação para penalizar qualquer deslize cometido no exercício de função pública, por menor que seja a sua relevância para o funcionamento da Administração.

Em se acolhendo os postulados de Rudolf Von Ihering, em sua conhecida obra *A luta pelo direito*, qualquer motivo ensejará a propositura da ação, pois entende aquele célebre jurista que todo direito é importante e merece ser defendido, por menor que seja a sua significância.

Contudo, há que se palmilhar, no inverso sentido, o *princípio da proporcionalidade*, para concluir que a ação por improbidade não deve ser manejada diante de desvios de pequena relevância.

As sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 são graves e torna-se desproporcional querer imputá-las ao agente que tenha cometido erro de pouca monta.

Só o fato de haver processo contra o agente público já pode acarretar desprestígio e constrangimento social, que não se apagarão ainda que sobrevenha sentença de improcedência.

Os pequenos deslizes devem ser resolvidos na instância administrativa, com reprimendas proporcionais à sua dimensão, impondo-se a penalidade de advertência ou suspensão, como permite, por exemplo, o art. 127 da Lei 8.112/90, norma aplicável aos servidores públicos federais civis.

Às punições da Lei 8.429/92 devem ser submetidos os atos que tenha relevância, assim entendidos os de significativa repercussão e os de pouca monta que adquiram significância por sua reiteração.

Não é razoável, porém, querer punir ato isolado de mínima repercussão com os rigores da Lei 8.429/92, caso em que é dado ao juiz extinguir o processo por ausência de interesse processual.

#### **8.4 A legitimidade ativa**

A capacidade de ser parte na ação (legitimidade *ad causam*), segundo Arruda Alvim<sup>257</sup>, é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material. Ela consiste na *atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença*.

Cuida-se, pois, da faculdade concedida ao pretense titular de uma relação jurídica material de defender seus interesses em juízo e, conseqüentemente, suportar as conseqüências determinadas pela sentença que resolver a respectiva lide.

Em caráter ordinário, a legitimidade para defender em juízo um determinado interesse ou direito é somente do seu titular. Ocasionalmente, porém, a lei pode permitir a *substituição*

---

<sup>257</sup> *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 359.

*processual*, por meio da qual alguém propõe ação em nome próprio para defender interesse alheio (art. 6º do CPC). É também denominada *legitimidade extraordinária*.

No caso da ação por improbidade, a legitimidade para a causa é do órgão público atingido pela conduta desviante ou do Ministério Público, nos termos do *caput* dos art. 16 e 17 da Lei 8.429/92, de forma que há concurso de titulares para esta ação, que poderá ser ajuizada por qualquer um deles.

Trata-se de enumeração taxativa (*numerus clausus*), visto que nenhum outro órgão ou pessoa poderá propor ação desta natureza.

Cabe consignar que a procuradoria do órgão interessado (cujo patrimônio material ou moral sofreu lesão), ao ajuizar a ação de improbidade, nos termos do art. 17 da Lei 8.429/92, estará agindo no exercício de direito próprio (legitimidade ordinária), como anota Ada Pellegrini Grinover<sup>258</sup>.

O Ministério Público, todavia, agindo em nome próprio para defender o interesse da Administração, está atuando em *substituição processual* (legitimidade extraordinária), conforme a cláusula genérica do art. 6º do CPC.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a propositura da ação por um dos legitimados não impede a propositura de ação pelo outro<sup>259</sup>.

Neste caso, porém, não podendo haver o *bis in idem*, haverá conexão entre as ações (art. 103 do CPC), visto que ambas terão o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir, implicando em sua reunião para julgamento simultâneo no juízo prevento (art. 105 do CPC combinado com o § 5º do art. 17 da Lei 8.429/92).

A legitimidade poderá ser do Ministério Público Federal ou Estadual, conforme o âmbito do interesse a ser protegido.

Inviável o litisconsórcio entre ambos, porque a instituição é una e indivisível, conforme acentua Teori Albino Zavascki<sup>260</sup>, sendo incabível o *litisconsórcio consigo mesmo*.

Caberá ao Ministério Público da União a legitimidade ativa quando estiver em cotejo interesse de alguma das entidades relacionadas no inciso I do art. 109 da Constituição Federal.

Ao Ministério Público Estadual caberá a titularidade da ação nos demais casos, mormente naqueles que envolvam interesse de órgão público municipal ou estadual, sem a concorrência com interesse federal.

---

<sup>258</sup> *Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição*, p. 68-69.

<sup>259</sup> Recurso Extraordinário 208.790/SP.

<sup>260</sup> *Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições...*, p. 254.

## 8.5 A legitimidade passiva

A legitimidade passiva para a ação por improbidade é atribuída a quem deu causa à conduta ímproba, concorreu para que ela acontecesse e também a quem dela possa ter se beneficiado.

Mesmo quem não é considerado agente público pode estar no pólo passivo da ação, caso induza ou concorra para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta.

Segundo Damásio E. de Jesus<sup>261</sup>, ocorre induzimento quando uma pessoa faz surgir na mente de outra a intenção delituosa. Por sua vez, concorrer significa convergir para o mesmo ponto, cooperando, contribuindo, ajudando e tendo a mesma pretensão de outrem.

Induzir significa, portanto, usar de meios de convencimento para fazer com que outrem decida praticar, por si só, o ato ilícito. Caso o terceiro também execute os atos de execução da conduta ilícita, estará sendo co-autor do ilícito.

Um aspecto a ser notado é que não há conduta de improbidade sem a participação direta de um agente público, condição *sine qua non* para que se mostre ajuizável a ação por improbidade.

Desta forma, se o dano for causado ao erário exclusivamente por quem não tem qualquer tipo de vínculo com a Administração, estará sujeito a ação civil pública (Lei 7.347/85) ou ação popular (Lei 4.717/65), mas não à ação por improbidade administrativa.

Poderá, ainda, sofrer ação penal por algum crime praticado contra a Administração Pública ou ação civil comum para ressarcimento dos prejuízos causados.

O fato é que a lei só cogita da inclusão do não-agente público no pólo passivo da ação sob a forma de concurso com agente público, induzindo-o ou concorrendo para a prática do ato. Ou, ainda, se beneficiando do ato praticado por este agente.

Quanto aos efeitos, a lei não faz nenhuma distinção entre induzir, concorrer ou tirar proveito do ato ilícito, de forma que qualquer uma destas condutas tornará a pessoa responsável pelo ato de improbidade, submetendo-se às sanções que sejam pertinentes.

No pólo passivo da ação por improbidade deverá estar o agente público que praticou ato de improbidade *contra* qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seu parágrafo único da Lei 8.429/92.

---

<sup>261</sup> *Direito penal*, p. 421.

Cabe uma importante observação no tocante à melhor compreensão do apontado dispositivo legal, posto que o uso da preposição *contra* pode induzir a pensar que somente haverá ato de improbidade quando resultar em lesão ao erário, o que não é correto dizer, pois a própria lei diz que há atos de improbidade que não acarretam prejuízos materiais ao patrimônio público, como nos casos previstos no art. 9º e no art. 11 da Lei de Improbidade.

O art. 9º prevê hipóteses em que o agente público obtém *enriquecimento ilícito* através da obtenção de vantagem patrimonial indevida por meio do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei.

Por sua vez, o art. 11 enumera situações em que não há repercussão negativa no patrimônio público, nem enriquecimento ilícito do agente público, mas ofendem aos princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Desta maneira, ao utilizar a preposição *contra*, o art. 1º da lei 8.429/92 não se refere apenas a prejuízo patrimonial, mas também a atos que acarretam prejuízo aos princípios e regras de boa administração das entidades públicas ali mencionadas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>262</sup>, a expressão *agentes públicos* é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público.

Enquadra-se nesta noção qualquer um que desempenhe funções estatais, tais como chefes do Poder Executivo e parlamentares de todos os níveis, ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Inclui, ainda, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

Reputa-se agente público aquele que exerce mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo (art. 2º da Lei 8.429/92).

Bandeira de Mello ensina que os agentes públicos podem ser divididos em três grandes grupos: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito privado; c) particulares em atuação colaborada com o Poder Público.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 242-243.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 245.

Em classificação semelhante, Maria Sylvia Zanella de Di Prieto entende que os agentes públicos podem ser enquadrados nas seguintes categorias: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) militares; d) particulares em colaboração com o Poder Público.<sup>264</sup>

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles entende que os agentes públicos subdividem-se em cinco categorias: a) agentes políticos; b) agentes administrativos; c) agentes honoríficos; d) agentes delegados; e) agentes credenciados.<sup>265</sup>

Em que pesem algumas variações entre estas diversas classificações doutrinárias, não se vislumbra diferenças essenciais entre elas, visto que todas, de um modo ou de outro, abarcam todos os tipos de agentes públicos do direito brasileiro.

Diz o art. 2º da Lei 8.429/92 que se considera agente público aquele que exerce que exerce mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas referidas no art. 1º.

O mandato deve ser entendido como designação eletiva de agentes políticos para o exercício temporário de função de governo, no Poder Executivo e também no Poder Legislativo.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>266</sup>, *cargos* são os lugares criados no órgão estatal para serem providos por agentes que exercerão suas funções na forma legal. *Funções* são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes.

Diferente é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>267</sup> em relação ao significado de *funções*. Para ele, funções são plexos unitários de atribuições criadas por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche, nos termos do inciso V do art. 37 da Constituição Federal. O autor se refere, no caso, às *funções de confiança*, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos.

Neste último sentido é que a Lei 8.429/92 refere-se a função, posto que, a rigor, ela difere dos cargos em comissão, os quais podem, como assevera Bandeira de Mello, ser ocupados por pessoas alheias ao serviço público, no percentual fixado por lei.

Cargos, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem exercidas por um agente. São previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei. Excepciona os serviços auxiliares do Poder Legislativo, em que os cargos

---

<sup>264</sup> *Direito administrativo*, p. 485.

<sup>265</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 76.

<sup>266</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 76.

<sup>267</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 251.

são criados por resolução da Câmara ou do Senado, conforme o caso, em atendimento ao inciso IV do art. 51, e inciso XIII do art. 52, ambos da Constituição Federal.<sup>268</sup>

Empregos públicos, por seu turno, são *núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes 'contratados' para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000.*<sup>269</sup>

## 8.6 Possibilidade de litisconsórcio

O pólo ativo e o pólo passivo da ação, em linha de princípio, são ocupados por um autor e um réu, respectivamente.

Há ocasiões, no entanto, em que duas ou mais pessoas podem estar compartilhando uma dessas posições ou ambas. A essa pluralidade subjetiva na ação se denomina litisconsórcio, que nada mais significa que a reunião de pessoas para litigar contra a parte adversa.

O Código de Processo Civil cuida do instituto processual do litisconsórcio dos art. 46 a 49. Entretanto, são vários os momentos no processo em que o litisconsórcio pode produzir reflexos, como na contagem de prazo (art. 191), na contestação (art. 320, I), na confissão (art. 350, parágrafo único) e na interposição de recursos (art. 509).

A classificação do litisconsórcio pode ser feita em ativo, passivo e misto, conforme ele ocorra entre autores, réus ou ambos.

Também se pode classificar o litisconsórcio em facultativo e necessário, conforme resulte da vontade das partes ou não. No primeiro caso, ocorrerá por exclusiva voluntariedade dos litisconsortes, segundo as hipóteses autorizadas pelo art. 46 do CPC. Haverá litisconsórcio necessário quando, independente da vontade das partes, for exigido pela lei ou pela natureza da relação jurídica submetida a julgamento, na dicção do art. 47 do estatuto processual civil.

Conforme os efeitos possíveis da sentença, o litisconsórcio é simples ou unitário. Na primeira hipótese, não obstante o consórcio processual, a sentença pode surtir efeitos diferentes para os litisconsortes, de maneira que cada um deles deve ser tratado como parte distinta (art. 48 do CPC), visto que diversos também são os seus interesses. Haverá litisconsórcio unitário quando os efeitos da sentença forem rigorosamente os mesmos para os consortes, dada a indivisibilidade do interesse posto em juízo.

---

<sup>268</sup> Ibid., p. 250.

<sup>269</sup> Ibid., p. 251.

Vale observar que o art. 47 do CPC apresenta redação defeituosa ao dispor que haverá litisconsórcio necessário quando “*pela natureza da relação jurídica o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes*”.

Com esta redação, o Código induz a pensar que o litisconsórcio necessário será sempre unitário, o que não é correto, posto há litisconsórcio necessário que não é unitário, e vice-versa, como bem observa Humberto Theodoro Junior<sup>270</sup>.

Parece mais correto o entendimento de que haverá litisconsórcio necessário quando, pela *natureza da relação jurídica*, a sentença houver de produzir efeitos, inevitavelmente, na esfera jurídica de mais de uma pessoa, de forma que todas elas devem necessariamente ocupar o pólo passivo da ação e ter a oportunidade de defender os seus interesses, segundo as regras processuais.

Na ação por improbidade administrativa, é possível a existência de litisconsórcio ativo e passivo.

Haverá litisconsórcio ativo se o Ministério Público e a entidade prejudicada pelo ato ímprobo resolverem agir conjuntamente. Tratar-se-á, nesta hipótese, de litisconsórcio facultativo<sup>271</sup>, por não se enquadrar no art. 47 do CPC, ou seja, a lei não o exige e nem se trata de relação jurídica que toque diretamente aos dois, já que ela, na realidade, revela interesse jurídico exclusivo da entidade prejudicada.

Não custa lembrar que o Ministério Público age na condição de *substituto processual* (art. 6º do CPC), ou seja, move ação em nome próprio, mas para defender interesse alheio (da entidade pública prejudicada ou o interesse público).

Por outro lado, este litisconsórcio seria unitário, visto que os efeitos da sentença seriam exatamente os mesmos para ambos, por se tratar de interesse jurídico único e exclusivo da entidade prejudicada.

Fruto disso é que eventual recurso interposto pelo Ministério Público aproveitará à mencionada entidade, ainda que ela pessoalmente não tenha oferecido recurso, nos termos do art. 509 do CPC, pois se tratam de interesses indivisíveis. A recíproca não é verdadeira, já que o Ministério Público não estará em juízo para defender interesse próprio.

Também poderá haver litisconsórcio ativo entre entidades públicas ou equiparadas que tenham sido simultaneamente prejudicadas pelo ato ímprobo (v.g., numa licitação para

---

<sup>270</sup> *Curso de direito processual civil*, p. 127-128.

<sup>271</sup> Por se tratar de litisconsórcio facultativo, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não há necessidade de citação do ente público em ação movida pelo Ministério Público (Recurso Especial 565.317/RO).

realização de obra em parceria pública, firmada através de convênio). Havendo prejuízo para ambas, podem mover a ação conjuntamente contra quem se conduziu de maneira ímproba.

Igualmente haveria, aqui, litisconsórcio facultativo, visto que as entidades poderiam também agir de forma singular. Se elas adotam o litisconsórcio, decorre da sua exclusiva vontade, em face das hipóteses permissivas do art. 46 do CPC.

Nesta hipótese de litisconsórcio, não se pode afirmar de antemão se ele é unitário, pois isso dependerá de cada situação concreta. A tendência, no entanto, é que o litisconsórcio seja simples, pois os interesses de cada uma das entidades são distintos, não obstante o nexó fático e jurídico existente entre eles. Sendo distintos os seus interesses, os atos e omissões de uma não prejudicarão e nem beneficiarão a outra (art. 48 do CPC).

Não se pode cogitar de litisconsórcio entre o Ministério Público Estadual e Federal na ação de improbidade, visto que somente um deles terá legitimidade para ajuizar a ação.

Observa José Antonio Lisbôa Neiva que a reunião de diversos agentes do Ministério Público é inconstitucional, tendo em vista que cada um tem sua atuação vinculada ao respectivo ramo do Poder Judiciário, em face do que dispõe o art. 128 da Constituição Federal.

Em apoio a este entendimento, colhemos o magistério de Teori Albino Zavascki<sup>272</sup>, para quem o Ministério Público é instituição una e indivisível, não havendo como compatibilizar com seus princípios institucionais certas disposições normativas que admitem a possibilidade de litisconsórcio entre o Ministério Público Federal e Estadual em determinados processos (art. 5º, § 5º, da Lei 7.347/85), caso em que, segundo o autor, haveria *litisconsórcio consigo mesmo*.

Como bem diz Zavascki, a estrutura organizada e hierarquizada do Ministério Público, assim como o princípio da independência funcional, supõe que cada órgão da instituição tenha suas atribuições fixadas em lei e que officie no processo aquele agente que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação.

Neste contexto, em havendo interesse federal, a legitimidade será do Ministério Público Federal. Inexistente este interesse, a legitimidade será do Ministério Público Estadual. Assim, somente um deles deverá estar no pólo ativo da ação.

Possível se mostra, também, o litisconsórcio passivo, como resulta claro, aliás, do art. 3º da Lei 8.429/92.

---

<sup>272</sup> *Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições...*, p. 254.

Conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>273</sup>, também é possível que o ente público assuma a posição de litisconsorte passivo, para defender a lisura do ato impugnado, nos termos do § 3º do art. 17 da Lei 8.429/92.

O litisconsórcio passivo dependerá sempre do número de co-autores, partícipes e beneficiários do ato ímprobo, podendo variar conforme o caso concreto.

Todos estão sujeitos às sanções da Lei de Improbidade, na medida da sua responsabilidade e proveito, conforme denotam os seus art. 4º a 8º, combinados com o art. 18.

A princípio, o litisconsórcio passivo será facultativo, visto que nada obriga que os responsáveis sejam processados conjuntamente, embora seja recomendável que todos, na medida do possível, sejam acionados de uma só vez, por conveniência da apuração e da instrução do feito.

No entanto, havendo ação declaratória incidental (art. 470 do CPC) sobre a nulidade do ato ou contrato que gerou a demanda, será necessária a presença do ente público interessado como litisconsorte passivo, se ele não estiver no pólo ativo da ação. Neste caso, o juiz deverá determinar que o autor (Ministério Público) promova a citação deste ente público, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.

Entre os réus, o litisconsórcio será sempre simples porque a responsabilidade de cada um é aferida na medida da sua participação ou proveito, que não permite equiparação entre eles. Assim, cada um deve ser tratado como parte distinta, segundo os ditames do art. 48 do CPC.

Conseqüência disso é que poderá ser revel aquele que eventualmente não contestar a ação, não se lhe aplicando o inciso I do art. 320 do CPC, que somente tem lugar no caso de litisconsórcio unitário.

O mesmo raciocínio deve ser adotado na interposição de recursos, como dispõe, em letras bastante claras, o art. 509 do mesmo código. Dessa forma, se um dos litisconsortes deixar de apelar contra a sentença que julgar procedente o pedido, esta fará coisa julgada em relação a ele, em nada lhe favorecendo a interposição deste recurso por outro consorte.

Fato comum aos litisconsortes, quaisquer que sejam as suas espécies, será a contagem do prazo em dobro para contestar, recorrer e falar nos autos, desde que eles tenham advogados distintos, nos termos do art. 191 do CPC.

---

<sup>273</sup> Recurso Especial 637.597/SP.

## 8.7 Intervenções de terceiros

Segundo a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, há cinco formas de intervenção de terceiros no processo civil brasileiro: a) assistência (art. 50 a 55); b) Oposição (art. 56 a 61); c) Nomeação à autoria (art. 62 a 69); d) Denúnciação da lide (art. 70 a 76); e) Chamamento ao processo (art. 77 a 80).

A rigor, o Código de Processo Civil não posiciona a *assistência* no Capítulo da Intervenção de Terceiros, mas ela assim deve ser considerada, visto que tem todas as características deste gênero processual.

Caberá o incidente processual da *assistência* quando o terceiro tiver *interesse jurídico* em que a sentença seja favorável a uma das partes, caso em que poderá intervir para assisti-la (art. 50 do CPC).

Haverá interesse jurídico se a sentença tiver o condão de produzir efeitos em relação jurídica da qual o terceiro faça parte.

Se esta relação jurídica não é mesma discutida na demanda, certamente consistirá em vínculo entre a parte assistida e o assistente, situação em que haverá a chamada *assistência simples*. Sendo a relação jurídica o próprio objeto da ação (v.g., a cobrança de uma dívida solidária direcionada somente contra um dos devedores), resultará que o vínculo do assistente é com a parte contrária à assistida, hipótese de *assistência litisconsorcial* (art. 54 do CPC).

A priori, nada impede a assistência na ação de improbidade, seja no pólo ativo ou passivo, pois, em tese, pode haver terceiros juridicamente interessados em que a sentença seja favorável à parte autora ou à parte ré.

No entendimento de Luiz Manoel Gomes Júnior<sup>274</sup>, o juiz poderá recusar o pedido de assistência quando isso trouxer prejuízo à defesa do direito coletivo, principalmente à célere definição da questão.

Entretanto, não vemos como apoiar tal assertiva, porque a assistência visa à defesa de *interesse jurídico* do terceiro assistente, que não poderá sofrer restrições ao exercício do seu direito, sob pena de violação ao princípio do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF/88), assim como do princípio do *contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV, idem).

Em ação movida pelo Ministério Público, a entidade pública prejudicada pela improbidade poderá, caso queira, atuar ao lado do autor, na forma do § 3º do art. 17 da Lei 8.429/92, combinado com o § 3º do art. 6º da Lei 4.717/65.

---

<sup>274</sup> *Curso de direito processual coletivo*, p. 149-150.

Esta forma de participação nada mais significa do que uma forma de *assistência litisconsorcial*, visto que a pessoa jurídica de direito público estará em juízo para defender interesse próprio, o qual é defendido pelo *Parquet* na simples condição de substituto processual (art. 6º do CPC).

Outra das formas de intervenção, a *oposição* (art. 56 a 61 do CPC) consiste em ação movida pelo oponente contra as duas partes de ação em andamento, denominados opostos, com a pretensão de disputar com elas o bem jurídico que constitui o objeto da lide. Em outras palavras, a oposição é a forma processual de estabelecer uma tríade de pretendentes a uma mesma coisa.

Não há possibilidade do oferecimento de oposição em ação por improbidade, porque o interesse na persecução do ato ímprobo é compartilhado entre o ente público prejudicado e o Ministério Público, o que exclui qualquer hipótese de conflito de interesses entre ambos e elimina qualquer possibilidade de oposição.

Por sua vez, a *nomeação à autoria* (art. 62 a 69 do CPC) consiste no incidente processual através do qual o réu tenta transferir sua posição a um terceiro, alegando, no prazo da contestação, ser mero detentor (art. 1.198 do Código Civil) da coisa litigiosa ou que praticou ato considerado danoso por ordem ou instrução de outrem. São hipóteses previstas nos art. 62 e 63 do Código de Processo Civil, em que se permite a substituição do ocupante do pólo passivo, ali colocado de forma equivocada pelo autor da ação, a isso induzido por uma situação aparente. É medida excepcional, visto que a ilegitimidade passiva, em regra, conduzirá à extinção do processo por carência de ação (art. 267, inciso VI, do CPC).

É possível que o réu da ação por improbidade faça a nomeação à autoria daquele que deveria estar em seu lugar no pólo passivo, seja no caso do mero detentor ou do estrito cumpridor de ordem ou instrução de outrem.

A título de exemplo, o réu a quem se acusa de ter se beneficiado do ato ímprobo, na modalidade de apropriação indevida de coisas pública, poderá dizer-se mero detentor e indicar aquele que efetivamente é considerado o atual proprietário ou possuidor da coisa.

Também poderá fazer a nomeação o servidor público a quem se imputa conduta ímproba, para indicar à sua eventual substituição o superior hierárquico de quem teria recebido ordem aparentemente lícita para a prática do ato impugnado.

A *denúnciação da lide* (art. 70 a 77 do CPC) configura outra importante forma de intervenção. É verdadeira ação do litisdenunciante contra o litisdenunciado, tendo lugar quando um dos demandantes tiver *direito de regresso* contra terceiro em face de eventual prejuízo que possa resultar de sentença desfavorável. Tem cabimento quando a parte tiver

*direito de evicção* contra terceiro (inciso I do art. 70 do CPC), quando ela estiver exposta a risco da perda da posse de uma coisa por razão precedente ao negócio jurídico que lhe deu o direito a essa posse (inciso II do art. 70) ou quando tiver de direito de regresso contra terceiro, previsto em lei ou contrato (inciso III do art. 70).

O empirismo forense revela que a denúncia da lide é frequentemente admitida de forma indevida no processo, ao menor argumento reipersecutório do réu contra terceiro, acarretando embaraços desnecessários à marcha processual.

A doutrina consagra a tese de que só tem cabimento a denúncia da lide quando o direito de regresso da parte contra terceiro for inequívoco, caso em que o litisdenunciado deverá formar litisconsórcio com o litisdenunciante e, assim, oferecer resistência à pretensão da parte contrária.

Não sendo inequívoco o direito de regresso, deve ser rejeitada a denúncia pelo juiz, visto que não pode permitir a instauração de litígio adicional ao processo e prejudicar a solução da lide que o originou. Sendo controvertido, o direito de regresso somente poderá ser discutido em ação própria.

Diante destas premissas, é inviável a denúncia da lide em ação por improbidade administrativa, visto que acrescentaria ao processo demanda que não guarda relação com o objeto principal e certamente implicaria em prejuízo à celeridade e efetividade da tutela jurisdicional.

Válido, aqui, o raciocínio de Luiz Manoel Gomes Júnior para as ações coletivas, no sentido de que o instituto da denúncia à lide visa principalmente a economia processual, o que não ocorreria nesta espécie de ação, em que a intervenção criaria vários incidentes e prejudicaria o processamento mais célere do processo.<sup>275</sup>

Havendo potencial direito de regresso do réu contra terceiro, tal pretensão somente poderá ser exercida em ação própria.

Última das formas de intervenção, o *chamamento ao processo* será admitido nas hipóteses enumeradas pelo art. 77 do Código de Processo Civil: a) do devedor, na ação em que o fiador for réu; b) dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; c) de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

---

<sup>275</sup> *Curso de direito processual coletivo*, p. 138.

A ação por improbidade jamais comportará o chamamento de ou por fiadores, haja vista que o fundamento da ação é a prática de *ato ilícito* (responsabilidade aquiliana ou extracontratual), enquanto a fiança é instituto de natureza essencialmente contratual.

No entanto, mostra-se cabível o chamamento pelo réu dos demais devedores que lhe sejam solidários.

Isso porque poderá haver solidariedade legal entre os vários co-autores ou partícipes de uma conduta ímproba, em face da previsão existente no *caput* do art. 942 do Código Civil, segundo a qual *se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação*.

Havendo solidariedade entre os autores e partícipes de uma conduta ímproba, poderá a Administração acionar qualquer deles para responder por todo o dano que lhe foi causado, conforme permite o art. 275 do Código Civil.

Nesta hipótese, poderá o réu que for acionado chamar ao processo os demais devedores solidários (inciso III do art. 77 do CPC).

## 9 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 9.1 Breve introdução sobre as origens do Ministério Público

Reconhecidamente uma instituição de enorme importância no sistema jurídico-institucional brasileiro, assim como em vários outros países do mundo, o Ministério Público tem origens remotas.

Hugo Nigro Mazzilli<sup>276</sup> assevera que alguns vislumbram traços da instituição no Egito de quatro mil anos atrás (na figura do funcionário real *magiaí*), assim como na Grécia Clássica (nos *éforos* espartanos e nos *tesmótetas*), na Roma Antiga (*advocati fisci*, *censores*, entre outros), na Idade Média (*saions* germânicos, *bailios* e *senescais* feudais) e até mesmo no direito canônico (*vindex religionis*).

Contudo, diz o referido autor que está na França a origem mais mencionada do Ministério Público, nas figuras dos procuradores do rei, já previstos nas Ordenações de Felipe IV, o Belo (março de 1302 ou 1303). A partir desse instante, passou por lenta evolução, até chegar aos seus contornos atuais, principalmente a partir da Revolução Francesa e dos textos napoleônicos, quando a instituição passou a contar com melhor estrutura e seus integrantes começaram a ter mais garantias para a sua atuação.

Dessa influência francesa advém a expressão *parquet*, muito utilizada nas referências ao Ministério Público, correspondente a *assoalho*, dada a época em que os integrantes da instituição tinham seus assentos no plano do chão nas salas de audiência e não no tablado superior em que se localizavam os juízes. Era o tempo em que havia a *magistrature assise* (magistratura sentada), correspondente aos juízes, e a *magistrature débout* (magistratura de pé), usada em referência aos integrantes do Ministério Público.

No entanto, em que pese a inegável influência francesa, Hugo Nigro Mazzilli ressalta que os primeiros traços do Ministério Público brasileiro provêm, antes, do velho direito lusitano, principiando em 14 de janeiro de 1289, quando se tornou permanente, sob o reinado de D. Afonso III, o cargo de *procurador da coroa*, numa época em que se constituíam, na Europa, os tribunais regulares.

---

<sup>276</sup> *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 37-44.

Também se registram traços do Ministério Público nas Ordenações Afonsinas (1414), nas Ordenações Manuelinas (1514) e nas Ordenações Filipinas (1603). Nas Ordenações Manuelinas já é encontrada a grafia “*promotor de justiça*”.

Destaca Hugo Nigro Mazzilli que a instituição não surgiu repentinamente, num só lugar, tendo se formado lenta e progressivamente, conforme as exigências históricas, sendo relativamente recente o Ministério Público tal como conhecido nos dias atuais. Com muita propriedade, acentua que a instituição é filha da Democracia clássica e do Estado de Direito, por guardar grande afinidade com as garantias individuais e com a proteção jurisdicional dos direitos do cidadão.

Quanto à denominação *ministério público*, alguns estudos revelam que a expressão francesa *ministère public* começou a aparecer com frequência em textos legislativos do século XVIII, ora para designar as funções próprias deste ofício público, ora para referir-se a um magistrado específico. No Brasil, o primeiro texto a lhe fazer referência foi o art. 18 do Regimento das Relações do Império, de 02 de maio de 1847.<sup>277</sup>

## 9.2 Da função investigativa dos atos de improbidade

O Ministério Público detém funções de elevada importância na investigação e persecução dos atos de improbidade administrativa, cumprindo, desta maneira, a missão que lhe reserva a Constituição Federal na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com a garantia de autonomia funcional (art. 129 e §§ da CF).

Com as garantias e atribuições fixadas na Carta Magna de 1988, o Ministério Público consolidou-se de vez como instituição fundamental à jurisdição do Estado, atuando de forma decisiva para a consolidação da democracia no Brasil através da busca da tutela dos direitos considerados indisponíveis e dos interesses sociais, contexto em que ganha destaque a proteção da moralidade e seriedade no trato da coisa pública.

Embora a Constituição Federal não preveja especificamente a persecução dos atos de improbidade entre as funções do Ministério Público, é atribuição que decorre naturalmente delas, visto que não há democracia efetiva se os bens e serviços públicos não forem geridos com seriedade, tendo sempre em vista o bem comum e os interesses maiores da sociedade.

---

<sup>277</sup> Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 43-44.

A práxis forense tem demonstrado quão importante tem sido a atuação do Ministério Público nas últimas décadas, visto que dele partem a maioria das iniciativas para investigar e punir os desvios funcionais verificados no âmbito da Administração Pública, via de regra, através da instauração de inquérito civil e ajuizamento de ações civis públicas.

Embora tenha a faculdade de ajuizar diretamente a ação por improbidade, desde que conte com firmes indícios da existência de atos ímprobos e da sua autoria, o Ministério Público pode também promover ou acompanhar investigações para colher elementos que possam instruir suas iniciativas judiciais.

Nesta parte, a Lei 8.429/92 dispõe que pode haver duas frentes de investigação, sendo uma pela própria Administração e outra pelo Ministério Público.

A autoridade administrativa poderá instaurar sindicância ou processo administrativo visando apurar a prática de ato de improbidade, conforme autoriza o art. 14 da Lei de Improbidade, caso em que deverá comunicar a existência da investigação ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas, que poderão designar representantes para acompanhar o procedimento, nos termos do art. 15 e seu parágrafo único.

No entanto, independentemente da apuração pela autoridade administrativa, o próprio Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou determinar a abertura de procedimento administrativo, nos termos do art. 22 da Lei 8.429/92.

A palavra *requisição*, utilizada pelo art. 22, mostra-se adequada apenas para o caso de abertura de inquérito policial pela respectiva autoridade, visto que o procedimento administrativo interno é aberto pelo próprio Ministério Público, na forma de inquérito civil, à semelhança do que ocorre na Lei da Ação Civil Pública (§ 1º do art. 8º da Lei 7.347/85).

Destarte, poderá haver requisição do Ministério Público à autoridade policial para abertura de inquérito policial ou à autoridade administrativa para que esta inicie procedimento visando apurar a ocorrência de ato de improbidade.

Caso o próprio *Parquet* resolva fazer as suas investigações, poderá baixar portaria ou ato equivalente para iniciar *inquérito civil*, por aplicação analógica do § 1º do art. 8º da Lei 7.347/85.

Antes disso, poderá efetuar investigações preliminares (expediente, procedimento preparatório, etc.) sobre representação, delação ou notícia, quando as considerar ambíguas e dignas de melhor apuração sobre a efetiva ocorrência do ato de improbidade administrativa.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup> Marino Pazzaglini Filho, *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 174-175.

Destaca José Antonio Lisboa Neiva<sup>279</sup> que o inquérito civil é o procedimento inquisitivo destinado à colheita de provas pelo Ministério Público, afigurando-se instrumento hábil à apuração de provas idôneas, que permitem evitar a propositura de demandas temerárias.

Conforme assevera Marcelo Buzaglo Dantas<sup>280</sup>, é majoritária a corrente doutrinária que considera o *inquérito civil* como mero procedimento inquisitório, de natureza idêntica ao inquérito policial, de modo que não incidiriam em seu âmbito os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), dada a inexistência de litigantes ou acusados no procedimento.

Contudo, este não é o pensamento de Rogério Lauria Tucci<sup>281</sup>, para quem o inquérito civil constitui um procedimento administrativo precedente à ação, destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção do Ministério Público, e, nesta qualidade, implicaria a observância do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que abriga os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Afirma o citado autor que o inquérito civil *não pode ser constituído e desenvolvido sem conhecimento e participação da pessoa física ou jurídica que deva, eventual e oportunamente, sofrer os efeitos da propositura da ‘ação civil pública’ a que dirigido, sem o que será nulo ex radice.*

Se, após suas investigações, concluir pela existência da conduta desviante, ele poderá ajuizar ação por improbidade, instruindo-a com as provas e indícios colhidos no inquérito civil.

Resolvendo pelo arquivamento do inquérito, deverão ser adotadas as providências previstas no art. 9º da Lei 7.347/85, com a remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público ou órgão equivalente.

Na reunião de elementos que formem a sua convicção sobre o fato investigado, o Ministério Público poderá requisitar de qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias, com o prazo mínimo de dez dias úteis para a sua elaboração (§ 1º do art. 8º da Lei 7.347/85).

Cumprir observar que este prazo não é peremptório, podendo ser estabelecido em tempo menor, sem nenhum risco de nulidade. No entanto, se for insuficiente para o

---

<sup>279</sup> *Improbidade administrativa*, p. 193.

<sup>280</sup> *Inquérito civil e ônus da prova na ação de improbidade administrativa*, p. 94.

<sup>281</sup> *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público...*, p. 151-152.

atendimento da diligência requerida, nenhuma sanção ou admoestação caberá a quem ela foi requisitada.

No âmbito federal, o Decreto 983, de 12 de novembro de 1993, obrigada que todos os órgãos e servidores colaborem com o Ministério Público Federal na investigação de atos ímprobos, nos limites das suas respectivas atribuições.

Importa sublinhar que o Ministério Público não pode requisitar diretamente informações sigilosas que dependam de autorização judicial<sup>282</sup>, como a quebra de sigilo bancário, que só pode acontecer segundo os ditames do art. 3º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001.

A propósito desse tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 215.301/CE, firmou o entendimento de que a norma inscrita no inciso VIII do art. 129, da Constituição Federal, não autoriza o Ministério Público a requisitar diretamente a quebra de sigilo bancário, devendo contar, para isso, com a indispensável autorização judicial, como reflexo do direito à privacidade garantido pelo inciso X do art. 5º, também da Magna Carta.

Em diversas ocasiões, este entendimento foi reafirmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se, entretanto, que a garantia ao sigilo bancário não abrange informações de caráter genérico sobre os atos praticados por instituições financeiras oficiais no exercício de atividades de cunho administrativo.

Assim é que, no julgamento havido no Mandado de Segurança 21.279/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que cabia ao Banco do Brasil fornecer os nomes de beneficiários de empréstimos concedidos com recursos do Tesouro Nacional, hipótese em que não incide o sigilo determinado pelo art. 38 da Lei 4.595/64, devendo prevalecer o princípio da publicidade albergado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

### **9.3 Da função instauradora da ação**

Ao Ministério Público a Constituição Federal de 1988 reserva importantíssimo papel institucional, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

---

<sup>282</sup> Marino Pazzaglini Filho, *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 173.

sociais e individuais indisponíveis (*caput* do art. 127), para isso lhe assegurando independência funcional e autonomia administrativa (§§ 1º e 2º do art. 127).

Entre as suas nobilíssimas missões, está a de promover a ação penal pública, promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e exercer outras funções que lhe forem conferidas, se compatíveis com a sua finalidade (incisos I, III e IX do art. 129 da Carta Magna).

Ao contrário do que chegou a fazer em regimes constitucionais anteriores, não mais está autorizado a representar judicialmente entidades públicas ou proporcionar-lhes consultoria jurídica. Ao reverso, o inciso IX do art. 129 prevê vedação expressa neste sentido, de forma a evitar que haja confusão e até mesmo incompatibilidade de atribuições institucionais.

Exceto no que diz respeito à legitimidade para ajuizar ações penais públicas, nenhuma de suas atribuições é exercida em caráter exclusivo. O empirismo forense registra, no entanto, uma grande predominância das ações promovidas pelo Ministério Público no universo de iniciativas em que lhe compete atuar de forma concorrente.

Dentre essas importantes atribuições está a de ajuizar ações para reprimir atos de improbidade, nos termos dos art. 16 e 17 da Lei 8.429/92, em legitimidade concorrente com a procuradoria do órgão que tenha sido prejudicado pela conduta desviante.

Sem dúvida alguma, se trata de atribuição legal que está em perfeita consonância com as finalidades do Ministério Público, dada a sua imanente função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição (inciso II do art. 129) e pela proteção do patrimônio público (inciso III do art. 129).

O primeiro direito de todos os cidadãos, num Estado Democrático de Direito, é a transparência e honestidade na atuação dos agentes públicos, sem o que estariam corroídas as suas bases. Daí a exigência de respeito aos princípios da legalidade e da moralidade, entre outros (*caput* do art. 37 da CF).

Também alínea *b* do inciso IV do art. 25, da Lei 8.625/93, reconhece a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação.

Segundo estes fundamentos, o *Parquet* tem indiscutível legitimidade para instaurar ação por improbidade, inclusive por intermédio de ação civil pública, como enuncia a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça: *O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.*

Trata-se, no entanto, de legitimidade extraordinária ou substituição processual (art. 6º do CPC), visto que, embora atuando em nome próprio, o Ministério Público estará defendendo interesse ou direito imediato da Administração Pública.

Sendo dotado de independência funcional (§ 1º do art. 127 da CF), o Ministério Público não está condicionado à prévia apuração administrativa do ato ímprobo<sup>283</sup> e pode agir de forma autônoma, desde que disponha de provas ou veementes indícios da ocorrência da conduta ilícita.

A Lei de Improbidade não exige a prévia investigação administrativa como condição para o ajuizamento da ação, segundo a inteligência do § 6º do seu art. 17, estando o Ministério Público livre para agir independentemente da prévia instauração do inquérito administrativo ou civil.

Esta autonomia foi corroborada pelo Supremo Tribunal em voto do Ministro Celso de Mello, proferido no Inquérito 1957-PR.

Neste caso, o Pretório Excelso aplicou à ação por improbidade fundamentos idênticos aos adotados para a atuação em ação penal, conforme posição consolidada nos Habeas Corpus 63.213/SP e 77.770/SP.

Também o Superior Tribunal de Justiça já acolheu o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação por improbidade, independentemente de prévia instauração de procedimento administrativo<sup>284</sup>.

A legitimidade, todavia, fica restrita ao âmbito de atuação do *Parquet*, no sentido de que o Ministério Público Estadual só pode atuar nos casos que são da competência da Justiça Estadual, enquanto o Ministério Público Federal apenas terá legitimidade para ajuizar ações que sejam da competência federal, conforme entendimento esposado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 440.002/SE<sup>285</sup>.

Aspecto de grande relevância diz com a obrigatoriedade do ajuizamento da ação por improbidade pelo Ministério Público, se verificados indícios concretos de conduta ímproba e da sua autoria.

Evidentemente que o Ministério Público, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli<sup>286</sup>, *não é um acusador cego, gratuito ou implacável*, de forma que, havendo a convicção da inexistência de motivos para a persecução por improbidade, deverá promover o arquivamento

---

<sup>283</sup> Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 176.

<sup>284</sup> Recurso Especial 1.028.248/SP; Recurso Especial 152.447/MG.

<sup>285</sup> DJU 16.12.04, p. 195.

<sup>286</sup> *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 36.

do inquérito civil que ele próprio instaurou ou do procedimento de investigação que recebeu da autoridade administrativa.

No entanto, havendo indícios razoáveis ou provas da ocorrência de ato ímprobo e da sua autoria, estará o *Parquet* obrigado a promover a ação por improbidade, sob pena de prevaricação.

É o que sublinha Marcelo Figueiredo<sup>287</sup>, no sentido de que o Ministério Público e mesmo a entidade interessada não tem disponibilidade para ingressar com a ação de improbidade, inclusive porque proibida a transação ou acordo neste tipo de ação, conforme o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92.

Acena Motauri Ciocchetti de Souza<sup>288</sup>, em raciocínio dedicado à ação civil pública, mas com plena aplicação à ação por improbidade, que o órgão do Ministério Público, verificando do estudo dos elementos de prova que ocorreu um dano a interesse passível de tutela pela Instituição, não poderá avaliar aspectos inerentes à conveniência e à oportunidade de agir, incumbindo fazê-lo para solucionar a quizila e tutelar o direito social.

Verifica-se que o Ministério Público tem o dever de agir sempre que o interesse público o exigir, sendo este o parâmetro da sua atuação. Se acaso dele se divorciar, estará, ele próprio, sujeito às sanções por improbidade, no dizer de Carlos Eduardo Terçarolli<sup>289</sup>, seja quando resolve processar qualquer desafeto, com o interesse de prejudicá-lo, seja quando deixa de processar alguém em razão de preferência pessoal.

A doutrina acena, majoritariamente, para o entendimento de que há indisponibilidade da ação pelo Ministério Público, seja na ação penal ou na ação civil, conforme anota Hugo Nigro Mazzilli, no sentido de que não lhe é dado valorar se deve agir, depois de identificada a hipótese legal que lhe torne exigível a atuação<sup>290</sup>.

Somente nos casos em que a lei expressamente admite transação poderá o Ministério Público exercer o juízo de conveniência e oportunidade da propositura da ação, como ocorre com a possibilidade de transação penal em infrações de menor potencial ofensivo (art. 76 e 89 da Lei 9.099/95) ou de compromisso de ajustamento de conduta nos casos em que é admitida ação civil pública (§ 6º do ar. 5º da Lei 7.347/85).

Ocorre que o § 1º do art. 17, da Lei 8.429/92, veda expressamente a transação, acordo ou conciliação na ação por improbidade, retirando do Ministério Público qualquer

---

<sup>287</sup> *Probidade administrativa*, p. 191.

<sup>288</sup> *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade*, p. 199.

<sup>289</sup> *Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público*, p. 40.

<sup>290</sup> *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 549.

possibilidade de exercer juízo discricionário sobre a oportunidade e a conveniência de ajuizar a ação.

Corolário do *ius actionis* é a legitimidade do Ministério Público para interpor todos os recursos legalmente admitidos contra decisões proferidas na ação de improbidade, desde que atendidos os requisitos exigidos para isso.

Estará legitimado, também, para requerer quaisquer medidas cautelares que se façam necessárias, sejam aquelas previstas expressamente nos art. 7º e 16 da Lei 8.429/92 (indisponibilidade e seqüestro de bens).

Por fim, embora a Lei de Improbidade nada diga a respeito, o Ministério Público terá legitimidade para promover a execução da sentença de caráter condenatório, tomando as iniciativas necessárias para que a decisão judicial se converta em resultado efetivo.

Não poderia ser diferente, pois de nada adiantaria obter sentença favorável se não houve a possibilidade de convertê-la em realidade.

Aliás, o art. 15 da Lei 7.347/85 atribui legitimidade ao Ministério Público para iniciar execução até mesmo de ações em que ele não é o autor. *A fortiori*, poderá ele promover a execução de sentenças nas ações por ele ajuizadas.

Por analogia, tal dispositivo deve ser aplicado também à ação por improbidade, isso se ela não for promovida na forma de ação civil pública, como amiúde tem acontecido.

#### **9.4 Da impossibilidade de desistência ou abandono da ação**

Se o princípio da indisponibilidade da ação pelo Ministério Público o obriga a ajuizar a ação por improbidade quando verificados os pressupostos para isso, *a fortiori* não lhe é permitido desistir dela ou abandoná-la.

No caso de haver anômalo posicionamento do órgão do Ministério Público em direção à desistência ou abandono da ação, caberá ao juiz, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal, remeter os autos ao chefe da Instituição, para que este tome as providências cabíveis, designando, se necessário, outro integrante da instituição para cuidar do prosseguimento da ação.

Cumprе observar que não há, nesta hipótese, a possibilidade de confirmação do pedido de desistência ou da anuência tácita com a conduta de abandono pelo chefe do Ministério Público.

Em não sendo providenciado prosseguimento da ação, caberá ao juiz proferir o julgamento do mérito, com os elementos probatórios de que dispõe no processo, seja no sentido da procedência ou da improcedência do pedido.

Convém observar, porém, que vedação à desistência ou ao abandono do processo não significa estar o Ministério Público obrigado, sempre, a postular a procedência do pedido, podendo requerer a improcedência se tiver fundada convicção de que esta é a melhor e mais justa solução do processo.

### 9.5 Da função fiscalizadora na ação por improbidade

À semelhança do que ocorre na ação civil pública (§ 1º do art. 5º da Lei 7.347/85), o Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo (§ 4º do art. 17 da Lei 8.429/92).

Atuando como *custos legis*, terá todas as prerrogativas processuais da parte, podendo fazer alegações, produzir provas e interpor recursos.

Observação importante é que a Lei 8.429/92 não prevê a possibilidade de o Ministério Público assumir o pólo ativo da ação no caso de desistência ou abandono pelo autor, ao contrário do que é previsto na ação popular (art. 9º da Lei 4.717/65) e na ação civil pública (§ 3º do art. 5º da Lei 7.347/85).

Entretanto, a mesma faculdade deve ser-lhe concedida na ação por improbidade, não apenas por analogia como os citados dispositivos legais, cujos fundamentos são os mesmos, mas também pelas atribuições constitucionais e institucionais do *Parquet*, caso vislumbre a impunidade para a conduta ímproba.

Não é possível concordar, neste ponto, com a afirmação de Hugo Nigro Mazzilli<sup>291</sup>, sobre a ação civil pública, mas válida também para a ação por improbidade, no sentido de que, havendo razões fundadas, pode o autor desistir da ação, ainda que seja o Ministério Público.

Com efeito, desistir da ação significa dispor do direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional, o que se mostra em linha de conflito com o princípio da *indisponibilidade da ação*.

---

<sup>291</sup> Regime jurídico do Ministério Público, p. 558.

Pode haver fundadas razões para o pedido de improcedência do pedido, hipótese em que o requerimento do autor, mesmo sendo o Ministério Público, deve ser no sentido de ser rejeitada a pretensão, julgando-se o mérito.

Entretanto, em face do princípio da indisponibilidade da ação, não é dado ao Ministério Público dela desistir, caso seja o autor, ou deixar de assumi-la, caso esteja intervindo apenas como *custos legis*.

## 9.6 Prerrogativas processuais do Ministério Público

Em razão do múnus público que o Ministério Público exerce na ação por improbidade administrativa, impende analisar as prerrogativas processuais que acaso possam ocorrer-lhe.

Sem dúvida, em face da sua especial natureza, não pode o *Parquet* ser colocado em posição absolutamente isonômica com partes comuns, daí porque lhe assistem algumas prerrogativas no processo.

Entretanto, há que se levar em conta, também, os direitos da parte adversa quando vencedora na ação, como premissa para o atendimento ao princípio do devido processo legal.

Nesta seara, há lugar para discutir sobre as despesas no processo, o ônus da sucumbência, o ônus da prova e os prazos processuais.

Nas ações que tenham curso na Justiça Federal o Ministério Público é isento do pagamento de *custas*, conforme o inciso III do art. 4º da Lei 9.289, de 04 de julho de 1996.

Porém, caso seja vencido na ação por improbidade, é razoável o reembolso à parte contrária das despesas que efetuou no processo.

Tal solução, que se aplica à Fazenda Pública (parágrafo único do citado art. 4º), também se mostra aplicável aos casos em que o Ministério Público é autor da ação, já que ele também é, insofismavelmente, parte integrante do Estado.

Não condiz com o *devido processo legal substantivo*, que conclama ao processo justo, a submissão dos réus ao suporte unilateral das despesas processuais. Ainda que vencedores, eles terão sofrido espécie de condenação à obrigação de pagar (emolumentos de serventias extrajudiciais, honorários periciais, honorários advocatícios e outros), diante da completa impossibilidade de reembolso, o que não é razoável e nem justo.

Assim como a Fazenda Pública é obrigada a adiantar os honorários periciais (Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça), o Ministério Público deve fazê-lo nos casos em que é o autor da ação.

Em caso de procedência da ação movida pelo Ministério Público, existe vedação constitucional a que o seu integrante receba honorários, custas ou percentagens processuais (art. 128, § 5º, inciso II, da CF).

Se for improcedente, não pode o seu representante sofrer condenação pela sucumbência. Eventual responsabilidade pelos encargos será do Estado, quando a ação for movida pelo Ministério Público estadual, ou da União, se a atuação foi do Ministério Público da União<sup>292</sup>.

Este é também o entendimento de Rafael de Oliveira Guimarães<sup>293</sup>, amparado em Ovídio A. Batista da Silva e Celso Agrícola Barbi, para quem a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) nada dispõem sobre a sucumbência do Ministério Público quando atua como parte, o que levaria à plena aplicação do art. 20 do Código de Processo Civil, segundo o qual o vencido deve pagar honorários advocatícios ao vencedor, respondendo o Estado por este encargo.

É do Ministério Público, quando autor da ação, o ônus da prova do ato de improbidade, não havendo lugar para presunções ou inversão deste ônus.

O § 6º do art. 17, da Lei 8.429/92, é claro ao estabelecer que a petição inicial deve estar acompanhada dos documentos ou justificação que contenha indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou que apresente razões fundadas sobre a impossibilidade de fazê-lo, sob o risco da litigância de má fé.

Não se pode admitir a ação baseada em meras cogitações ou conjecturas do seu autor, em face da grave exposição do réu à reprovação pública, de modo que, como alerta Marcelo Figueiredo<sup>294</sup>, a ação deve estar razoavelmente documentada, evitando-se aventuras judiciais.

Caso não existam estas provas documentais, deve o autor coligi-las através do procedimento cautelar de justificação (art. 861 a 866 do CPC) ou do uso sistemático do inquérito civil<sup>295</sup>.

No tocante aos prazos processuais, deve preponderar o art. 188 do Código de Processo Civil, segundo o qual, para o Ministério Público e para a Fazenda Pública eles serão contados em dobro para recorrer.

Com efeito, não há fundamentos para que esta regra deixe de ser aplicada na ação por improbidade administrativa.

---

<sup>292</sup> Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 238.

<sup>293</sup> A sucumbência do Ministério Público nas ações civis públicas..., p. 197-198.

<sup>294</sup> *Probidade administrativa*, p. 207.

<sup>295</sup> Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 207.

## 9.7 Considerações sobre a atuação do Ministério Público

É inegável a importância que o Ministério Público vem tendo no Brasil para a consolidação das instituições democráticas e a efetivação dos direitos econômicos e sociais, através de atuação incisiva no âmbito judicial, inclusive e principalmente na afirmação da moralidade administrativa.

Isso se tornou possível graças à autonomia administrativa e funcional que a Constituição Federal de 1988 outorgou à instituição (art. 127, § 2º), desvincilhando-a da submissão histórica ao Poder Executivo, complementada pela garantia aos seus integrantes da inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade (art. 128, § 5º, I a III).

A par destes fatores estruturais, o Ministério Público também passou a contar com importantes instrumentos processuais para buscar a consecução das suas finalidades institucionais, notadamente a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Ação por Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), dentre várias outras.

O resultado é que, nas últimas duas décadas, a instituição se transformou em protagonista não apenas no cenário jurídico, mas também no âmbito político, visto que sua atuação ocorre numa linha muito tênue entre estas duas arenas públicas, em que muitas vezes não há mesmo como distinguir uma da outra.

É fenômeno compreendido na *judicialização da política*, que transformou o Poder Judiciário numa instituição central da democracia brasileira e guardião dos valores fundamentais da sociedade, tal como em países de democracia avançada como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e EUA, culminando em maior tensão nas relações com o Executivo e o Legislativo, conforme anota Luiz Werneck Vianna<sup>296</sup>.

Rogério B. Arantes, em estudo sobre a evolução do Ministério Público no Brasil<sup>297</sup>, ressalta que a instituição chamou para si a representação judicial e extraordinária de direitos coletivos, reunindo nas mãos de seus membros os meios materiais de gestão e assumindo o quase-monopólio dos instrumentos de ação na área cível dos direitos trans-individuais e coletivos.

Desta forma, o Ministério Público, no Brasil, não se caracteriza apenas pela função de persecução criminal, mas também por um amplo leque de atribuições na esfera cível e uma completa independência institucional em relação aos demais poderes do Estado.

---

<sup>296</sup> *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 09-11.

<sup>297</sup> *O Ministério Público na fronteira entre a justiça e a política*, p. 326-334.

Movido por forte componente ideológico, o qual Arantes denomina *voluntarismo político*, o Ministério Público brasileiro tornou-se, segundo ele, o *agente político da lei*, após a independência institucional conferida pela Constituição Federal de 1988. De órgão subordinado ao Poder Executivo e aos seus desígnios, tornou-se subordinado apenas à lei e à própria consciência, tornando o modelo brasileiro distinto dos similares que existem no mundo.

Segundo Arantes, os principais elementos deste *voluntarismo político* são: a) avaliação pessimista da capacidade da sociedade civil de se defender com autonomia; b) avaliação pessimista dos poderes político-representativos, corrompidos e ou incapazes de cumprir suas funções; c) uma idealização do papel político do Ministério Público, de representar esta sociedade incapaz (embora sem mandato explícito e sem mecanismos de *accountability*) perante governos ineptos, que garante a observância da lei.

Arantes ressalta, ainda, que, na atuação do Ministério Público, a ação por improbidade administrativa surge como uma terceira forma de tratamento jurídico da corrupção política, diante da ineficiência da *via política* (impeachment) e da *via criminal* (Código Penal).

Segundo o apontado autor, tal inovação no combate à corrupção distingue o sistema brasileiro de outras democracias constitucionais.

Registra, contudo, uma baixa efetividade processual, explicada pela lentidão judicial, pela infinidade de recursos protelatórios e pela postura mais restritiva dos juízes acerca das competências do Ministério Público brasileiro.

Aqui reside o grande desafio do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, no momento atual.

Justificando esta preocupação, podem ser reproduzidos os impressionantes dados estatísticos apresentados por Rogério Arantes<sup>298</sup>, de que das 572 ações civis públicas intentadas de 1992 a 2003 pela Promotoria da Cidadania da Capital de São Paulo, envolvendo a moralidade administrativa, menos de dez haviam transitado em julgado até 2007.

Neste ponto, a experiência demonstra que a atuação do Ministério Público ainda não obteve o grau desejável de efetividade.

Isso se deve, em alguma medida, a um exagerado ajuizamento de ações civis públicas, mormente no âmbito da moralidade administrativa, sem fundamentos suficientes<sup>299</sup>. A alta densidade quantitativa não é acompanhada pela densidade qualitativa.

---

<sup>298</sup> *Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política*, p. 332.

<sup>299</sup> Sobre o alto índice de improcedência das ações de improbidade, vide estatística apresentada na seção 6.4 deste trabalho.

Ajuizamentos açodados, pouco refletidos, mal instruídos, certamente redundarão na impropriedade do pedido, além de criar uma atmosfera de desconfiança institucional em ações desta natureza e gerar alguma retração, até mesmo do Poder Judiciário, em relação a elas.

O *protagonismo judicial* tende a seduzir seus atores, sejam eles juízes ou promotores, principalmente diante da intensa exposição que hoje é proporcionada pelos variados canais midiáticos, o que gera o risco de desvios ocasionais – porém, relevantes – na atuação institucional.

Nos seus apontamentos sobre o papel do Poder Judiciário na *desocultação* da corrupção, que também servem ao Ministério Público, Fernando Filgueiras<sup>300</sup> assevera que a verdade na política deve ser contada fora de seu domínio, por um narrador imparcial e desinteressado, evitando a sua dramatização e os exageros, responsáveis por sua ocultação (ou re-ocultação) no âmbito da esfera pública.

Salienta o citado autor que o Direito, além de ter a coerção como elemento central, possui uma formalidade que neutraliza as pressões externas ao campo, de maneira a instaurar uma imparcialidade de modo procedimental, dado o rigor interpretativo que assegura sua autonomia e sua legitimidade para afirmar o justo.

Contudo, alerta que no mundo contemporâneo a lógica do Direito invadiu o campo político, de modo que sua linguagem tornou-se a linguagem da ação política, motivo pelo qual o campo jurídico vem perdendo seu poder de *desrealizar* a realidade social. O Judiciário, assim, estaria sujeito ao uso instrumental por parte do campo político e da mídia, visto que os tribunais se tornaram espaço social para a adjudicação de conflito. A ética da denúncia faz com que a corrupção no mundo dos tribunais se assemelhe a um programa com atores e enredo determinados pela mídia, sempre sujeito às especulações e ao exagero, em que a corrupção é dramatizada para a sociedade, num *jogo perverso entre mídia e justiça*.

Assim, um dos desafios atuais do Poder Judiciário é conseguir manter sua imparcialidade e imunidade às influências que podem advir da mídia e da própria arena política<sup>301</sup>.

É neste contexto que deve ser colocado o ingente esforço dos integrantes do Ministério Público. Salvaguardar-se do “*canto da sereia*” midiático, do pendor político-partidário e do próprio voluntarismo será um desafio constante para estes profissionais.

A um simples espectador fica a impressão de que o Ministério Público atingiu a maioria institucional com a Constituição Federal de 1988, mas agora precisa chegar ao

---

<sup>300</sup> *Corrupção, democracia e legitimidade*, p. 185-195.

<sup>301</sup> José Antônio Martins, *Corrupção*, p. 35 e 46.

plano da maturidade, que se refletirá em atuação serena, equilibrada e distante de interesses que não sejam a afirmação dos direitos sociais e a consolidação da democracia em nosso país.

Não se consegue isso com retaliações político-institucionais, como a aprovação das famigeradas “leis de mordaza”, que mais de uma vez já estiveram em pauta no Congresso Nacional.

Iniciativas como esta são sinônimos de retrocesso institucional e reverteriam em prejuízo da própria sociedade brasileira.

A questão que ora se põe é de ordem deontológica e por isso as respostas só podem ser intestinas. Somente a própria instituição pode dar passos consistentes na direção aqui proposta.

## 10 DOS ATOS PROCEDIMENTAIS DA AÇÃO

### 10.1 Do rito processual

Ao cuidar do procedimento a ser adotado na ação por improbidade administrativa, optou o legislador pelo *rito ordinário*, com as especificidades acrescidas pelos art. 17 e 18 da Lei 8.429/92.

Assim, na fase de conhecimento da ação por improbidade, aplicar-se-iam as normas do processo comum ordinário quanto à petição inicial, a citação e intimação, a resposta do réu, a fase instrutória, a sentença, os recursos, a execução, salvo naquilo que a própria Lei 8.429/92 disponha de forma diversa.

Ocorre que as modificações introduzidas nos parágrafos do art. 17 da citada lei, pela Medida Provisória 2.088-35/2000, com edição final da Medida Provisória 2.225-45/2001, culminaram por conferir-lhe rito especial, notadamente em razão da necessidade de notificação do réu para apresentar defesa preliminar e da possibilidade de rejeição de plano da petição inicial.

Em face disso, entende José Antonio Lisboa Neiva<sup>302</sup> que não é mais possível a tramitação da ação pelo rito ordinário.

Não comungamos com este pensamento, porque a exigência de notificação do réu para a apresentação de defesa preliminar não alterou significativamente o rito da ação por improbidade, que se manteve o mesmo após a citação, de modo que não é inviável que continuem a ser adotadas as regras, institutos e princípios do rito ordinário no seu processamento.

### 10.2 Do uso da ação civil pública contra os atos de improbidade

É freqüente o uso da ação civil pública em situações diversas, inclusive contra atos de improbidade, transformando esta importante ação em *panacéia geral para toda e qualquer situação*, conforme registra Rogério Lauria Tucci<sup>303</sup>, emprestando frase de Kazuo Watanabe.

---

<sup>302</sup> *Improbidade administrativa*, p. 164.

<sup>303</sup> *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público...*, p. 143.

Cumpra consignar que se trata de estratégia processual já admitida como válida pelos nossos tribunais, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>304</sup>.

Entretanto, autorizada doutrina apregoa a incompatibilidade da ação civil pública com a persecução das condutas por improbidade.

Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca<sup>305</sup> entendem que a ação civil pública é incompatível com a ação por improbidade administrativa, *visto ser a matéria regulada inteiramente pela Lei 8.429/92, tanto do ponto de vista substantivo quanto adjetivo*, caso em que teria aplicação o princípio *lex posterior derogat priori*, consagrado no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Para corroborar seu entendimento, destacam os apontados autores que há especificidades na Lei 8.429/92 que são incompatíveis com a ação civil pública, como a reversão em prol da entidade jurídica prejudicada de todo o produto da condenação, que se mostra inconciliável com a reversão para o fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85.

Destacam, ainda, que a ação civil pública se restringe às condenações em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei 7.347/85), enquanto a ação por improbidade impõe também outros tipos de sanções, como a perda de cargo público e de direitos políticos (art. 12 da Lei 8.429/92).

Também Rogério Lauria Tucci<sup>306</sup> entende inconfundíveis a ação civil pública e a ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, porque têm diferentes finalidades, objetos distintos e peculiaridades que as distinguem, como, por exemplo, a vedação de transação, acordo ou conciliação na ação por improbidade (§ 1º do art. 17 da Lei 8.429/92).

Discordante é a voz de Carlos Frederico Brito dos Santos, segundo o qual a ação civil pública deve ser entendida como ação não-penal, de modo que o rito da Lei 7.347/85 seria aplicável a qualquer ação de natureza civil, inclusive à ação por improbidade administrativa<sup>307</sup>.

Sopesados os argumentos favoráveis e contrários, revela-se a compatibilidade entre a ação civil pública e a persecução por improbidade administrativa, desde que seja adotado o rito ordinário, com a aplicação subsidiária do processo de conhecimento disciplinado pelo Código de Processo Civil, sobre o que são convergentes os art. 17 da Lei 8.429/92 e 19 da Lei 7.347/85.

---

<sup>304</sup> Recurso Especial 515.554/MA; Recurso Especial 737.972/PR; Ação Penal 515/MT.

<sup>305</sup> *Ação de improbidade administrativa*, p. 3-4.

<sup>306</sup> *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público...*, p. 154-155.

<sup>307</sup> *Ação civil pública por ato de improbidade administrativa*, passim.

Nestas condições, de fato, incompatibilidade total não haverá entre ambos os diplomas legais, sobretudo porque conciliam satisfatoriamente importantes elementos como a legitimidade das partes e o objeto da ação.

Assim é que o Ministério Público e o Poder Público têm legitimidade ativa para a ação por improbidade (*caput* do art. 17 da Lei 8.429/92) e também para a ação civil pública (incisos I, III e IV do art. 5º da Lei 7.347/85).

No pólo passivo da ação civil pública também podem se acomodar o agente público e o terceiro que tenha participado do ato ímprobo ou dele se beneficiado, já que a Lei 7.347/85 não cria nenhuma restrição a isso, na medida em que admite como réu ou responsável qualquer pessoa que tenha praticado dano a interesse difuso ou coletivo.

O objeto da ação por improbidade também é defensável por ação civil pública, visto que o interesse da Fazenda Pública concerne também ao interesse público e, portanto, pode ser rotulado *difuso* ou *coletivo*, para os fins do art. IV do art. 1º da Lei 7.347/85.

Esta coincidência de elementos, sem dúvida, torna compatível o uso da ação civil pública com a persecução dos atos ímprobos.

Todavia, há exagero em afirmar que a compatibilidade é total, porque isso não acontece, já que existem algumas importantes diferenças entre as ações.

A começar pelo fato de que a ação por improbidade não admite transação, acordo ou conciliação, conforme expressa vedação contida no § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, enquanto a ação civil pública admite os já institucionalizados *Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)*, com supedâneo no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85.

Entende Marino Pazzaglini Filho<sup>308</sup> que se admite transação na ação por improbidade quando o autor postular unicamente a restituição integral do acréscimo patrimonial indevido ou de reparação total da lesão patrimonial.

Contudo, cremos que não existe esta possibilidade, nem mesmo nestas restritas hipóteses, posto que não pode o autor da ação (ente prejudicado ou Ministério Público) dispor dos valores que devem ser entregues ao Erário.

A transação exige concessões recíprocas, que o autor da ação não tem autorização legal para oferecer.

Poder-se-ia cogitar de acerto na forma de reposição dos valores ao Erário, o que é crível, mas isso não implica em transação e sim em reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II, do CPC), em que o réu concorda em atender integralmente à pretensão do autor,

---

<sup>308</sup> *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 205.

embora em pagamento parcelado ou oferecendo bens particulares que não têm relação com o ato ilícito.

No entanto, a transação, no sentido estrito do termo, não é admitida em ação por improbidade.

Outra importante diferença é que na ação por improbidade qualquer ressarcimento ou perda de bens deve reverter *exclusivamente* em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, nos termos explicitamente colocados pelo art. 18 da Lei 8.429/92, de forma que não se pode cogitar de alguma reversão em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85.

Quanto a este ponto se apresenta divorciada do comando legal a solução oferecida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 735.424/SP (DJU 18.05.07, p. 318), quando se entendeu, em ação civil pública, que inexistia qualquer óbice à utilização da via eleita pelo fato de que a indenização deve ser recolhida ao fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85 porque a própria lei prevê que esses recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

Com a devida vênia, a Lei 8.429/92 é expressa ao afirmar que o produto da condenação deve reverter única e exclusivamente em favor a entidade pública prejudicada pela conduta desviante, de maneira a não acomodar pedido de recolhimento do objeto da condenação ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85.

Outro ponto destoante é a notificação do requerido para que apresente defesa preliminar na ação por improbidade (§ 7º do art. 17 da Lei 8.429/92), medida inexistente na ação civil pública.

Anote-se, ainda, a possibilidade do juiz decretar a improcedência antecipada do pedido, nos termos do § 8º do art. 17, após a manifestação preliminar do requerido, hipótese inexistente no rito da ação civil pública.

Estas diferenças recomendam cuidado no manuseio da ação civil pública para a persecução dos atos de improbidade, sob risco de desvirtuamento da finalidade e dos efeitos da ação regulada pela Lei 8.429/92.

O que se percebe, ao fim de tudo, é que o uso da ação civil pública revela-se desnecessário contra os atos de improbidade. Mormente nas iniciativas do Ministério Público, transparece certa *força do hábito* no uso desta ação, de inegável importância, sem dúvida, nas últimas décadas, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e, em casos de relevância social, até mesmo de interesses individuais homogêneos.

No entanto, quando se trata de improbidade administrativa, a utilização da ação civil pública é desnecessária e potencialmente causadora de tumulto processual, ao induzir as

partes e mesmo o juiz a adotar procedimentos que não se mostram compatíveis com o objeto da persecução.

Preferível é que as ações de improbidade simplesmente utilizem o procedimento ordinário, como previsto na Lei 8.429/92, respeitadas as suas peculiaridades procedimentais como a notificação dos réus para a apresentação da defesa prévia ou preliminar.

### **10.3 Notificação e defesa preliminar**

O rito da ação por improbidade dita que, *estando a petição inicial em devida forma*, o juiz mandará autuá-la e ordenará a *notificação* do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (§ 7º do art. 17 da Lei 8.429/92, com a redação determinada pela Medida Provisória 2.225-45, de 2001).

Trata-se de providência semelhante à prevista nas ações penais por crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (art. 514 do Código de Processo Penal), inclusive no tocante ao prazo de quinze dias para a apresentação da resposta.

Haverá, nestes termos, juízo de pré-delibação, com a possibilidade de rejeição da petição inicial pelo juiz se ele estiver convencido da inexistência de motivo justo para o processo do réu.

A medida é inspirada pela preservação da imagem do agente público e das pessoas que com ele se relacionam funcionalmente, que em última análise culmina por afetar a própria idoneidade do Poder Público.

É oferecida ao acusado de improbidade, antes do definitivo recebimento da petição inicial, a oportunidade de contradizer e elidir as acusações que lhe são feitas pelo autor da ação, inclusive apresentando documentos que possam lhe servir de amparo.

Não há distinção, para este ato, entre o réu agente público e o que não desfrute deste status. Num ou noutro caso, deverá ser feita a notificação, mesmo porque a defesa preliminar pode atender também ao interesse público, na medida em que se possam oferecer explicações e argumentos que afastem as suspeitas de improbidade, contribuindo para preservar a boa imagem do serviço público.

Destarte, conforme ressalta José Antonio Lisbôa Neiva<sup>309</sup>, todas as pessoas demandadas, naturais ou jurídicas, devem ser notificadas para oferecer a defesa preliminar.

A omissão desta notificação, segundo entendimento esposado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, configura nulidade absoluta e insanável, por afrontar o princípio da ampla defesa<sup>310</sup>.

Este é também o entendimento sufragado por Marino Pazzaglini Filho<sup>311</sup>, para quem a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar constitui nulidade absoluta e insanável.

Contudo, segundo o princípio de que não se deve declarar a nulidade na ausência de prejuízo para a parte (§ 1º do art. 249 do CPC), torna-se injustificável a anulação num caso em que, apesar da omissão da formalidade, o acusado tenha exercido sua defesa de forma eficaz na contestação.

O reconhecimento da nulidade não deve ser marcado por posição maniqueísta, no sentido do tudo ou nada, conforme assevera, com muita propriedade, Cândido Rangel Dinamarco<sup>312</sup>, para quem, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional, todos atuam com o objetivo de se oferecer um *processo justo*, sendo preciso não se ofuscar tanto com o brilho destes princípios, nem ver na obcecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça.

Ressalta aquele autor que todos devem ser havidos como penhores da obtenção de um resultado justo, sem receber culto fetichista que desfigura o sistema. Importa que o processo seja rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis.

Complementa Dinamarco dizendo que as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios para harmonizá-las com os objetivos superiores a realizar, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados.<sup>313</sup>

Nesta ordem de idéias, a omissão da notificação e da defesa preliminar, prevista no § 7º do art. 17, da Lei 8.429/92, deve ser motivo para a declaração da nulidade do processo se efetivamente implicar em algum prejuízo ao réu, o que dificilmente ocorrerá se na contestação ele impugnar de modo eficaz as imputações lançadas na petição inicial.

---

<sup>309</sup> *Improbidade administrativa*, p. 196.

<sup>310</sup> Recurso Especial 883.795/SP.

<sup>311</sup> *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 191.

<sup>312</sup> *Nova era do processo civil*, p. 12-13.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 16.

Esta linha de pensamento está em consonância com a Súmula 330 do STJ: *É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.*

Este enunciado contém premissas que são válidas também para a ação por improbidade, na medida em que a defesa preliminar tem os mesmos fundamentos e as mesmas finalidades da sua congênere do processo penal.

A defesa preliminar não é indispensável à validade da ação por improbidade administrativa, sendo, antes, um instrumento dialético que permite evitar o desgaste e o constrangimento da dilação probatória, acaso o réu disponha de elementos que possam gerar no juiz a imediata convicção de que a acusação é injusta.

No mais das vezes, a contestação se transformará em ato meramente protocolar, caso a defesa preliminar tenha sido plena, com a apresentação de todos os argumentos e documentos possíveis. Isso leva a concluir que a defesa do réu será considerada eficientemente exercida se ele aproveitar qualquer um desses dois momentos para fazê-la.

Em consonância com este entendimento, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que não há necessidade de nova citação se o réu, notificado a apresentar defesa prévia, se antecipa e oferece contestação, ao invés de simplesmente se manifestar na forma prevista no § 7º do art. 17 da Lei de Improbidade<sup>314</sup>.

Vale perpassar pela posição defendida por Guilherme Freire de Barros Teixeira<sup>315</sup>, segundo o qual a notificação prevista no citado dispositivo legal constitui verdadeira citação, do que conclui que o ato citatório previsto no § 9º do art. 17 seria apenas uma intimação para que o demandado apresente resposta, tendo em vista que haverá ciência dos atos e termos do processo, para que ele faça alguma coisa (art. 234 do CPC).

Em face dessas premissas, entende o citado autor que a interrupção da prescrição acontecerá com o despacho do juiz (Código Civil, art. 202, I) que determinar notificação para apresentação da defesa preliminar, retroagindo os seus efeitos à data da propositura da ação (CPC, art. 219, § 1º).

Sustenta, ainda, que a “citação” prevista no § 9º poderá ser feita na pessoa do advogado (CPC, art. 236) que tenha apresentado a defesa prévia.

Não obstante o fundamento lógico-formal do raciocínio de Guilherme Freire de Barros Teixeira, não pode ser acolhido, pelo menos no que toca aos efeitos da citação, porque o legislador foi claro em reservar ao segundo ato de comunicação processual o caráter citatório.

---

<sup>314</sup> Recurso Especial 782.934/BA.

<sup>315</sup> *A citação nas ações de improbidade administrativa*, p. 114-115.

Com relação ao conteúdo da defesa preliminar ou antecipada, tem razão Antônio Aroldo Ferraz Dal Pozzo<sup>316</sup> quando afirma que nesta fase ainda não estará em curso o prazo para a apresentação das exceções de incompetência relativa, de impedimento e de suspeição do juiz, assim como a impugnação do valor da causa, que passaria a fluir somente depois da citação do réu, nos termos do art. 297 do Código de Processo Civil.

Sustenta, ainda, que a matéria que dependeria de produção de prova deve ficar reservada para a contestação, o que parece adequado.

Contudo, pensamos que a notificação e a defesa preliminar não foram medidas felizes do legislador, muito embora seja reconhecidamente nobre a finalidade de oferecer ao réu a oportunidade de demonstrar, de plano, o equívoco das acusações deduzidas na petição inicial, evitando-se o desgaste e o constrangimento que normalmente decorrem deste tipo de ação.

Uma boa maneira de conciliar o direito à ampla defesa e o bom andamento do processo seria a alteração da lei para exigir o oferecimento ao acusado, ainda na fase administrativa, da possibilidade de defender-se das acusações, mediante notificação formal pelo Ministério Público ou pelo ente público interessado, conforme a origem da imputação.

Medida deste gênero é perfeitamente factível no processo administrativo do ente público ou no inquérito civil aberto pelo Ministério Público, uma vez que ambas as instituições dispõem de estrutura material e humana para adotar este procedimento, que teria inúmeras vantagens.

A começar pelo fato de serem eliminadas várias dúvidas que existem no processo judicial, como os tipos de impugnações que podem ser oferecidas na defesa preliminar, a possibilidade de alteração da matéria de defesa na contestação, a existência ou não de revelia se o réu apresenta defesa preliminar e não oferece contestação, o despacho que interrompe a prescrição (que determina a notificação ou a citação).

Também haveria o benefício de eliminar recursos que eventualmente seriam interpostos contra decisões que resolvessem as dúvidas acima elencadas, os quais sempre contribuem para retardar o andamento do processo.

Por fim, sendo adotada esta cautela na fase administrativa, certamente haveria redução no ajuizamento temerário de ações.

---

<sup>316</sup> *Reflexões sobre a “defesa antecipada” na Lei de Improbidade Administrativa*, p. 1.147-1.149.

#### 10.4 Do juízo prévio de admissibilidade da ação

Por decorrência natural da função jurisdicional, ao juiz cabe acolher ou rejeitar um pedido de tutela jurídica, segundo a sua convicção, apresentando os fundamentos para isso, em respeito ao *princípio da persuasão racional*.

Cumprе sublinhar, todavia, que a rejeição do pedido pode dar-se por questões formais ou pela análise da questão de fundo (mérito) do processo.

Segundo a *teoria do trinômio*, são três as esferas de cognição do magistrado em sua atuação processual: a apreciação dos pressupostos processuais, das condições da ação e, por último, do mérito da lide.

Assim é que o juiz deve verificar, em primeiro lugar, se a relação jurídico-processual é válida, mediante o atendimento de todos os pressupostos processuais, subjetivos e objetivos. Não verificando esta validade e frustradas as providências para saná-la, incumbe-lhe extinguir o feito, com fundamento no inciso IV do art. 267 do Código de Processo Civil.

Preocupação subsequente dirá respeito às condições da ação, ou, no dizer da doutrina majoritária, das categorias lógico-jurídicas que possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito<sup>317</sup>. Carente a ação de alguma de suas condições (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), impõe-se a extinção do processo sem a apreciação do mérito, de acordo com o inciso VI do art. 267 do CPC.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>318</sup> ressalta que, a rigor, não há uma ordem de precedência para o exame do preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais em cada caso concreto, pois que a própria compreensão do que seja a ação e o processo leva à conclusão de que tanto uma como outra categoria têm de se mostrar em conformidade com as prescrições normativas, estando sujeitas à análise judicial até o término da prestação da tutela jurisdicional.

Superadas estas duas etapas, só então o juiz estará apto a voltar seu pensamento ao mérito da lide, para acolher ou rejeitar o pedido, ou, então, reconhecer uma das outras hipóteses de resolução do mérito inscritas no art. 269 do Estatuto Processual Civil.

Como em todas as outras, também na ação por improbidade o juiz deverá percorrer este *iter cognitionis*, verificando os pressupostos processuais, as condições da ação e, finalmente, analisando o mérito.

---

<sup>317</sup> Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 352.

<sup>318</sup> *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 357.

Nesta ação, porém, existe a peculiar possibilidade do julgamento liminar de improcedência, autorizado pelo § 8º do art. 17 da lei 8.429/92, faculdade judicial que pode ser exercida após a manifestação preliminar do réu, desde que convencido o juiz da *inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*.

Salienta Marino Pazzaglini Filho<sup>319</sup> que na hipótese de inexistência do ato de improbidade ou de improcedência da ação, há julgamento de mérito preliminar, mesmo antes da formação regular da relação processual.

Esta norma é aplaudida por Marcelo Figueiredo<sup>320</sup>, como medida de racionalidade e economia processual, desde que evidenciada a total improcedência da ação, após a manifestação do réu.

O objetivo do legislador, segundo José Antonio Lisboa Neiva<sup>321</sup>, foi obstar a propositura de demandas temerárias, sem lastro probatório e que podem trazer graves consequências à pessoa do agente demandado e ao serviço público.

Por outro lado, o dispositivo é incisivamente criticado por Wallace Paiva Martins Júnior<sup>322</sup>, que o considera inconstitucional por violação ao princípio do devido processo legal e ao princípio do contraditório, em razão do simples convencimento sumário do juiz, à míngua da completa e extensa instrução processual, em que não há oportunidade para contraposição do autor aos argumentos do réu.

A crítica não procede, visto que o moderno processo civil não deve obediência cega e dogmática a preceitos e princípios, devendo-se ter em conta também a sua funcionalidade, como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco<sup>323</sup>.

Em regra, o autor da ação deve trazer à colação todas as provas e indícios do ato de improbidade, sob pena de ser considerada infundada ou temerária a demanda judicial.

Tem ele oportunidade, em processo administrativo ou inquérito civil, de reunir os elementos de prova, mormente o Ministério Público, que pode inclusive requisitar, na forma da lei, informações necessárias ao esclarecimento dos fatos investigados (art. 129, inciso VI, da CF/88).

Portanto, salvo em circunstâncias excepcionais, que cabe ao juiz tomar em consideração, não há razão para que a ação por improbidade seja proposta sem robusto lastro probatório. Se isso ocorrer, ficará configurada a atuação temerária, que consiste justamente

---

<sup>319</sup> *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 194.

<sup>320</sup> *Probidade administrativa*, p. 210.

<sup>321</sup> *Improbidade administrativa*, p. 193.

<sup>322</sup> *Probidade administrativa*, p. 440.

<sup>323</sup> *Nova era do processo civil*, p. 12-13.

em expor publicamente a vida e a reputação do réu sem que haja fortes indícios ou provas de que ele tenha cometido desvios no exercício de função pública.

Se estes elementos são robustamente elididos pelo réu, em sua defesa preliminar, impõe-se a rejeição da demanda, evitando-se constrangimento desnecessário ao acusado.

Descabia, nesta hipótese, a alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o autor, mesmo antes da ação, tem amplo acesso aos elementos de prova das condutas desviantes.

Este gênero de alegação só é admissível nos casos em que o autor não pode ter acesso à prova sem o concurso do Poder Judiciário. No mais, não lhe assiste o direito de se aventurar em juízo sem antes coligir elementos de convicção da prática de ato ímprobo.

O que não se pode admitir é a prolongada exposição e o constrangimento do réu em face de ação que ataca sua higidez moral, sem que haja fundamento razoável para isso. A acusação não pode estar baseada exclusivamente em frágeis indícios de existência da ilicitude.

Quanto ao mais, o dispositivo em comento merece uma análise mais detida, pois contém impropriedades técnicas que necessitam esclarecimentos, a começar pelo fato de haver redundância no uso das expressões *inexistência de ato de improbidade* e *improcedência da ação*.

Com efeito, só pode haver improcedência do pedido se houver inexistência do ato de improbidade. *Contrario sensu*, havendo ato de improbidade o pedido será procedente.

Em termos um pouco mais precisos, haverá ato de improbidade se verificada uma conduta que se amolda a uma hipótese legal de ato ímprobo. Verificando-se que conduta alguma foi praticada ou que a conduta não se enquadra na descrição legal, inexistente a improbidade. Logo, o pedido é improcedente.

Daí porque não cabe falar, como situações alternativas, em inexistência do ato de improbidade e improcedência da ação.

Conforme expusemos alhures<sup>324</sup>, o § 8º do art. 17 traz uma contradição lógica, porque confunde o motivo do julgamento com o seu resultado.

A improcedência do pedido é resultado do julgamento, enquanto a inexistência do ato de improbidade é o seu motivo. Não se excluem, se complementam. Em outras palavras, a inexistência do ato de improbidade levará à improcedência do pedido.

Convencido o juiz de que não houve a conduta ímproba, poderá decretar, de plano, a improcedência do pedido, antes mesmo da citação formal do réu, que só ocorrerá se a petição

---

<sup>324</sup> Seção 4.4 deste trabalho.

inicial for recebida, o que equivale a dizer que juiz terá verificado o atendimento dos pressupostos processuais, das condições da ação e da existência concreta de indícios da improbidade e da sua autoria.

Cuida-se de novidade legislativa, assemelhada à *absolvição sumária* do art. 397 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Figura semelhante também é encontrada no art. 516, do mesmo código.

A improcedência sumária só deve ocorrer se o juiz estiver plenamente convencido de que não houve improbidade, apresentando os fundamentos para o seu convencimento.

Estando em dúvida sobre a existência ou não do ato de improbidade, deve o juiz receber a petição inicial, conforme pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>325</sup>.

A *inadequação da via eleita*, por seu turno, correspondente à inexistência de pressuposto processual, que pode ser analisada também à guisa dos requisitos comuns de qualquer ação, a teor do inciso V do art. 295 do Código de Processo Civil, que cuida da impropriedade do procedimento indicado na petição inicial.

A decisão que recebe a petição inicial da ação de improbidade, após a defesa prévia do requerido, pode ser lavrada em termos concisos, porque se trata somente do reconhecimento de indícios da existência do fato e da sua autoria, em que ainda não foi instaurado o contraditório e a ampla defesa.

Neste sentido, decidiu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 901.049/MG.

Tal decisão tem natureza interlocutória, visto que decide questão incidente no processo (§ 2º do art. 162 do CPC). Exatamente por isso, prevê o § 10 do art. 17, da Lei de Improbidade, que contra ela caberá o recurso de agravo de instrumento, no prazo de 10 dias, conforme o *caput* do art. 522 do Código de Processo Civil.

Não é o caso, aqui, de conversão do recurso em agravo retido (inciso II do art. 527 do CPC), visto que a decisão de recebimento da petição inicial acarreta conseqüências graves e imediatas para o réu, razão pela qual deve ser recebido em forma de instrumento.

A decisão que indefere a petição inicial por razões formais leva à extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC). A que absolve sumariamente o réu por entender que não houve a conduta ímproba constitui julgamento de mérito (art. 269, I, do CP).

Neste ponto, entendemos que o desprestígio da petição inicial pode se apresentar de duas formas distintas.

---

<sup>325</sup> Recurso Especial 949.822/SP.

Na primeira delas, o réu consegue demonstrar ao juiz que as acusações são infundadas, caso em que não haverá dúvidas de que o pedido deve ser julgado improcedente, produzindo a coisa julgada material.

Em situação um pouco distinta, embora o réu não consiga convencer o magistrado da inexistência da improbidade, tampouco o autor logrou anexar à petição inicial indícios sérios da improbidade.

Nesta última hipótese, entendemos que não cabe julgar improcedente a demanda, mas tampouco admiti-la, dada a inexistência de elementos mínimos de convicção do juiz quanto à seriedade da acusação.

Mais adequado, neste caso, é que haja apenas o indeferimento da inicial, por ausência de documentos imprescindíveis à propositura da ação, nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil, combinado com o § 6º do art. 17 da Lei 8.429/92.

Em ambos os casos, a decisão poderá ser impugnada por apelação (art. 513 do CPC), no prazo de quinze dias (art. 508 do CPC), ressalvadas as hipóteses de prazos privilegiados (art. 188 e 191 do CPC).

### **10.5 Citação e contestação**

Uma vez recebida a petição inicial pelo juiz, será o réu citado para apresentar contestação, nos termos do § 9º do art. 17 da Lei 8.429/92, com a redação proporcionada pela Medida Provisória 2.225-45/2001.

Considera-se citação o ato pelo qual o réu ou o terceiro interessado é chamado para se defender em juízo (art. 213 do CPC).

A Lei de Improbidade não prescreve normas especiais para a citação do réu, de forma que, em tese, deveriam ser observadas as regras do procedimento comum ordinário (art. 213 a 233 do CPC), o que implicaria a possibilidade de citação pessoal, pelo correio ou por edital.

No entanto, há que se ter mente que a ação por improbidade é considerada “*ação de estado*”, visto que pode implicar em conseqüências quanto ao *status político* (suspensão dos direitos políticos e perda da função pública) e *civil* (proibição de contratar com o Poder Público).

Deste modo, a citação deve ser feita necessariamente por oficial de justiça, nos termos do art. 222, alínea “a”, e do art. 224, ambos do vigente Código de Processo Civil. Não sendo assim, haverá nulidade absoluta do processo, conforme o art. 247 do mesmo código.

Ainda que o réu já tenha oferecido a defesa preliminar através de advogado, deve receber nova citação para o oferecimento da contestação, sendo insuficiente mera intimação do procurador que constituiu nos autos, porque a notificação preliminar não elimina esta formalidade.

Não há necessidade de nova citação se o réu, tendo sido notificado a apresentar defesa preliminar, se antecipa e oferece contestação, ao invés de simplesmente se manifestar na forma prevista no § 7º do art. 17 da Lei de Improbidade. É o que já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça<sup>326</sup>.

Sendo citado, o réu não estará adstrito aos termos da defesa preliminar, podendo inovar em seus argumentos, pois a citação abre caminho para a defesa plena, que poderá ou não compreender os argumentos alinhavados na manifestação anteriormente apresentada.

Com efeito, não se aplica à defesa preliminar o *princípio da concentração* ou da *eventualidade* (art. 300 do CPC), de modo que não opera o efeito preclusivo em relação a eventuais fundamentos que tenham sido omitidos na defesa inicial.

Na mesma linha de raciocínio, poderá o réu apresentar novos documentos, pois somente na contestação, propriamente dita, se aplica a regra do art. 396 do Código de Processo Civil.

Poderá o réu, ainda, optar pela simples remissão aos termos da defesa preliminar, caso entenda que ela já contém todos os elementos defensivos.

A eventual ausência de contestação não poderá redundar nos efeitos da revelia, previstos no art. 319 do Código de Processo Civil, se o réu apresentou defesa preliminar em que impugna as alegações da petição inicial e continua sendo representado nos autos por advogado.

Considerá-lo revel, quando já apresentou defesa formal, ainda que preliminar, é devotar demasiado apego às formalidades do processo, em prejuízo do *processo justo* que se impõe por força do *due process of law* e, por conseguinte, das garantias do contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º da CF).

Anote-se, ainda, que na ação por improbidade administrativa está em julgamento o *estado da pessoa*, de natureza indisponível, de maneira que nela não é cabível o reconhecimento da presunção de culpa (art. 320, inciso II, do CPC)<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> Recurso Especial 782.934/BA.

<sup>327</sup> Marcelo Santiago de Pádua Andrade, *Revelia nas ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa*, p. 330-331.

## 10.6 Da atividade instrutória na ação por improbidade

Seguindo o rito comum ordinário, por expresso comando legal (*caput* do art. 17 da Lei 8.429/92), a ação por improbidade administrativa não sofre qualquer limite à ampla dilação probatória, razão pela qual serão admitidos quaisquer meios de prova para a demonstração dos fatos alegados na petição inicial e na contestação, desde que obtidos de forma lícita, em atendimento ao inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal.

Ao juiz caberá, uma vez superada a etapa postulatória inaugural, com a oportunidade para a resposta do réu (art. 297 e 323 do CPC), analisar o processo no estado em que se encontra, adotando, conforme o caso, *providências preliminares* (art. 324 a 328), *extinção* (art. 329), *juízo antecipado da lide* (art. 330) ou, simplesmente, proferindo o *despacho saneador*, quando, entre outras medidas, indicará as provas a serem produzidas na fase instrutória (art. 331).

Caberão as *providências preliminares*, como medidas de respeito aos *princípios do contraditório e da ampla defesa*, sempre que a contestação, para além de simplesmente oferecer resistência à pretensão deduzida na inicial, trazer aos autos novos elementos de cognição, sobre os quais se imponha a manifestação do autor, como ocorre na alegação de questão prejudicial (art. 325), de novos fatos (art. 326) e de questões preliminares em defesa indireta ou formal (art. 327).

Possível, ainda, a simples extinção do processo pelas causas previstas no art. 267 ou a resolução do mérito no caso de reconhecimento de uma das hipóteses enumeradas dos incisos II a V do art. 269.

Não verificando nenhum daqueles casos e nem a possibilidade de juízo antecipado da lide (art. 330), o juiz deverá dedicar-se ao saneamento do processo, determinando a regularização de defeitos formais e sanáveis, bem como indicando os rumos que o processo deverá tomar (art. 331).

Incabível, no caso de ação por improbidade, a designação de audiência de conciliação, diante da oclusão expressa da lei a qualquer possibilidade de transação entre as partes (§ 1º do art. 17 da Lei 8.429/92).

Destarte, o despacho saneador, além de resolver as questões de natureza formal, deverá simplesmente fixar os pontos controvertidos da lide e determinará a realização da provas que entender necessárias à boa solução da lide (§§ 2º e 3º do art. 331 do CPC).

Tal qual em qualquer outro processo, o magistrado deferirá as provas que entender úteis ao processo, segundo a faculdade prevista no art. 130 do Código de Processo Civil, o

que sempre deve fazer com boa dose de discernimento, para não submeter o processo a risco de anulação por eventual cerceamento à defesa das partes.

Desde que obtido por via lícita, qualquer meio de prova será admitido na ação por improbidade, havendo sintonia, neste ponto, com o preceito do art. 332 do Código de Processo Civil.

Caberá ao autor da ação o ônus de provar os fatos alegados na petição inicial (inciso I do art. 332 do CPC) e ao réu o de demonstrar os fatos indicados na contestação, que constituam motivos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor (inciso II, *idem*).

Incabível a inversão do ônus da prova na ação por improbidade, não obstante a previsão, no art. 21 da Lei 7.347/85, com a redação determinada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), de que as disposições previstas no Título III (Defesa do consumidor em juízo) do mencionado Código também se aplicariam nas ações para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais.

Não se mostra viável a inversão porque, em primeiro lugar, não há tal previsão no citado Título III, mas somente no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, segundo sustentamos, a ação por improbidade não tem natureza coletiva pura<sup>328</sup>, de forma que a inversão do ônus da prova, ainda que se mostre pertinente na tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não tem aplicação nas ações por improbidade.

Por fim, conforme anotam José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães<sup>329</sup>, a gravidade das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 não é condizente com a culpa presumida, que decorreria da inversão do ônus da prova, devendo prevalecer, por analogia, o princípio da presunção de inocência que informa as ações penais, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF/88).

Adotando fundamentos semelhantes, Marcelo Santiago de Pádua Andrade<sup>330</sup> afirma que não é cabível a aplicação da revelia em ação por improbidade administrativa, já que nela está em julgamento o *estado da pessoa*, interesse de natureza indisponível, por isso insuscetível de presunção da culpa, conforme o art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil.

---

<sup>328</sup> Vide seção 6.2 deste trabalho.

<sup>329</sup> *O ônus da prova na ação de improbidade administrativa*, p. 76-78.

<sup>330</sup> *Revelia nas ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa*, p. 330-331.

Ao réu, a princípio, basta negar os fatos alegados na petição inicial, impugnando-os especificamente, conforme a parte inicial do *caput* do art. 302 do CPC. Cumpre ao autor provar os fatos que imputou ao requerido. Todavia, se este, em sua resposta, aduz outros fatos que podem, de alguma forma, elidir o direito do autor, terá o ônus de comprová-los, como no caso do devedor que deve apresentar o instrumento de quitação quando alega pagamento da dívida.

É da natureza da ação por improbidade a instrução da petição inicial com provas documentais, obtidas diretamente das repartições públicas ou por intermédio de procedimento administrativo ou inquérito civil, pois sem estas provas não haverá indícios da conduta ímproba e da sua autoria, imprescindíveis para o recebimento da petição inicial, na expressa dicção do § 6º do art. 17 da Lei 8.429/92.

Em que pese a determinação contida no art. 396 do Código de Processo Civil, as partes podem apresentar provas documentais em qualquer fase do processo, além daqueles momentos ali apontados (petição inicial e contestação), desde que ofereçam ao juiz razões plausíveis para fazê-lo mais tardiamente, com o que demonstrarão sua boa fé e a inexistência do propósito de dificultar a defesa da parte adversa, conforme entendimento perfilhado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 780.396/PB.

A prova pericial também é perfeitamente compatível com a ação por improbidade, quando houver a necessidade do concurso de profissional habilitado para a elucidação de fatos que exijam conhecimento técnico ou científico para o seu bom esclarecimento.

Neste ponto, em face da previsão do art. 27 do Código de Processo Civil, são freqüentes as controvérsias sobre a obrigação da Fazenda Pública ou do Ministério Público adiantar os honorários do perito quando tenha partido deles o requerimento para a realização da prova pericial.

Com referência à Fazenda Pública, a questão está resolvida pela Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça, onde está enunciado que “*a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito*”.

Funda-se esta orientação no fato de que o perito judicial não integra os quadros do Poder Judiciário e não percebe remuneração dos cofres públicos, sendo pago exclusivamente pelo exercício do seu trabalho. Desta forma, não pode ser obrigado a prestar serviços de forma gratuita, cumprindo à Fazenda Pública adiantar seus honorários quando partiu dela partiu o pedido da prova.

O mesmo raciocínio vale para os emolumentos devidos aos oficiais de cartórios ou serventias extrajudiciais, posto que a sua remuneração por serviços prestados não se confunde com custas processuais<sup>331</sup>.

Em relação ao Ministério Público, a questão tem se mostrado bastante controversa, sobretudo em função da isenção de qualquer despesa processual pelo art. 18 da Lei 7.347/85, encontrando-se em frontal divergência, neste ponto, a Primeira e a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No entendimento da Primeira Turma, mostra-se aplicável ao Ministério Público a Súmula 232, sob os mesmos fundamentos, nas demandas em que ele figura como autor, conforme julgamento no Recurso Especial 981.949/RS.

A Segunda Turma, por sua vez, espousa o entendimento da isenção do Ministério Público ao pagamento dos honorários periciais, em face da redação do art. 18 da Lei 7.347/85, conforme ficou estabelecido no Recurso Especial 716.939/RN.

Mais razoável se afigura a posição que entende pela obrigação do Ministério Público de arcar com os honorários periciais, se analisada a questão sob os princípios albergados na Constituição Federal de 1988, à qual deve se vergar o art. 18 da Lei 7.347/85.

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (incisos III e IV do art. 1º da CF), sendo seu objetivo a construção de uma sociedade justa e solidária (inciso I do art. 3º, *idem*).

A Carta Magna não admite o trabalho forçado sequer como pena por condenação criminal (alínea *c* do inciso XLVII do art. 5º), o que faz pressupor que todo trabalho deve ser remunerado.

Ao Ministério Público a Constituição Federal atribui a nobilíssima função de defender a ordem democrática e os interesses sociais. A par disso, lhe confere autonomia funcional e orçamentária (127 e §§).

Não parece razoável, segundo estes princípios e valores, que justamente o Ministério Público queira se eximir de remunerar o perito, quando não há outro modo de fazer isso. A pretendida gratuidade choca-se com os fundamentos, valores e objetivos que sustentam e orientam a sua atuação institucional.

Por tais motivos, o *Parquet* deve arcar com os honorários periciais nas ações em que figure como autor, quando o pedido da prova pericial tenha partido dele.

---

<sup>331</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.073.026/SP.

Com relação à prova testemunhal, em face da natureza civil da ação por improbidade, aplicam-se as regras previstas no Código de Processo Civil quanto à admissibilidade, valor e produção da prova (art. 400 a 419).

No entanto, determina o § 12 do art. 17 da Lei 8.429/92 que as inquirições e os depoimentos de autoridades com *prerrogativa de função* sejam feitos nos termos do *caput* e do § 1º do Código de Processo Penal, não obstante o art. 411 do Código de Processo Civil contenha disposição semelhante.

Destarte, em local, dia e hora previamente ajustados com o juiz, serão ouvidos o Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores do Distrito Federal e dos Estados, os secretários de Estado, os prefeitos dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo.

Naquela que constitui a principal diferença entre o estatuto processual penal e o Código de Processo Civil, posto que inexistente neste último, é reservado ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, aos presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal a opção por prestar depoimento por escrito, caso em que as perguntas formuladas pelas partes e pelo juiz lhes serão enviadas por escrito (§ 1º do art. 221 do CPP).

Cabe sublinhar que a determinação para a aplicação do 221 do Código de Processo Penal não derroga, para o fim específico da ação por improbidade, o art. 411 do Código de Processo Civil, devendo ser aplicados conjuntamente, naquilo que forem compatíveis, de forma que também deverão receber a mesma deferência as autoridades previstas neste último dispositivo e omitidas naquele de caráter processual penal, como ocorre com o Procurador-Geral da República (inciso V) e o embaixador de país que, por lei ou tratado, conceda idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil (inciso X).

Embora a prerrogativa de função seja prevista para casos em que a autoridade seja testemunha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 85.029/SP, entendeu que ela se aplica também quando a autoridade seja parte e tenha que prestar depoimento pessoal, sob o fundamento de que as aspirações teleológicas da prerrogativa de função não são elididas pela circunstância de a autoridade não figurar no processo como testemunha, mas como parte, de modo que, dispondo-se a depor, não seja o paciente privado da prerrogativa que teria se arrolado como testemunha em qualquer processo de escolher o local, dia e hora do depoimento.

Tal entendimento poderá levar a condutas protelatórias da autoridade, caso esta sistematicamente se recuse a definir local, dia e hora para depor. Neste caso, deve o tribunal ou juiz estipular uma data limite para que a autoridade preste o seu depoimento pessoal, sob pena de lhe aplicar a pena de confissão. Do contrário, principalmente nos casos em que a autoridade seja ré, o curso do processo ficará entregue à sua vontade, o que não coaduna com o princípio da celeridade processual (inciso LXXVIII do art. 5º da CF) e com a seriedade da atividade jurisdicional.

Ao fixar a data limite para que o depoimento seja prestado pela autoridade, o juiz deverá estipular prazo razoável, sob risco de anulação por violação ao princípio do *contraditório e da ampla defesa* (inciso LV do art. 5º da CF).

### 10.7 Tutela de urgência

A noção de tempo é inerente à condição humana e com ela temos de lidar de forma satisfatória, não apenas para a nossa localização histórica, mas também para melhor realização das nossas atividades.

No processo, o elemento temporal é inevitável na medida em que não há procedimento instantâneo, o que faz sempre presente a preocupação com a sua excessiva duração. Como observa José Carlos Barbosa Moreira<sup>332</sup>, não se trata de um problema exclusivamente tupiniquim, mas de um fenômeno praticamente universal.

É conhecida a afirmação de Carnelutti de que o tempo é um inimigo contra o qual o juiz empenha uma luta sem trégua.

Neste contexto, as *tutelas de urgência* têm sido aclamadas como medidas que podem mitigar os efeitos da demasiada duração do processo.

Porém, elas carregam consigo uma contenda de natureza axiológica diante da tensão entre a eficácia jurisdicional e o mais amplo respeito ao direito de defesa. A maior valorização da eficácia da jurisdição poderá exigir que se minimize em algum grau o direito de defesa.

Esta é uma questão a ser devidamente enfrentada, pois o direito de defesa, embora importante, não pode ser elevado à sagração absoluta, ao custo da própria eficácia jurisdicional.

---

<sup>332</sup> *Temas de direito processual*, p. 02.

No Estado Democrático de Direito, é imprescindível que se respeite, acima de tudo, o direito do *acesso à justiça*, acesso não apenas do ponto de vista formal, mas também sob o prisma da eficácia.

Frustrada essa eficácia, o acesso à justiça não passará de uma opereta fantasiosa, sob a batuta de juízes que fingem julgar, enquanto a experiência democrática se derrete em ilusões e decepções do cidadão que viu os seus direitos violados.

Por isso é que Cândido Rangel Dinamarco<sup>333</sup> nos exorta a reler princípios e renunciar a dogmas, para *ousar sem o açodamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema*.

Neste passo, a análise das *tutelas de urgência* exige reflexões que ultrapassam as fronteiras lógico-conceituais do processo e confrontam aspectos ideológicos, no sentido de que é necessário preestabelecer o papel e a função das regras procedimentais.

A melhor compreensão do problema recomenda a distinção entre *tutela jurídica* e *tutela jurisdicional*, para acentuar que se deve distinguir entre a simples atividade jurisdicional e o resultado que efetivamente se espera dela.

Em outras palavras, que não há tutela jurisdicional mediante a simples prolação de uma sentença, mas somente quando se obtém, de fato, o resultado processual esperado por quem teve seus direitos violados.

Dinamarco<sup>334</sup> assinala que a *tutela jurisdicional* é espécie de *tutela jurídica*, de modo que não se pode confundi-las, assim como não se pode atribuir o mesmo significado ao *direito de demandar*, *direito à ação*, *direito ao provimento de mérito* e *direito à tutela jurisdicional*, algumas vezes, tratados como conceitos análogos.

Diz o mencionado processualista que a tutela jurídica é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade realizando-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos.<sup>335</sup>

Na esteira da lição transcrita, o *direito material* corresponde à tutela jurídica mediante a fixação de preceitos reguladores da convivência.

---

<sup>333</sup> *Nova era do processo civil*, p. 11-21.

<sup>334</sup> *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 807 et seq.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 809.

Quando se fala, todavia, das atividades destinadas a conferir efetividade a esses preceitos, estaríamos tratando da *tutela jurisdicional*, resultado da atividade judicial que denominamos jurisdição.

Assim, a tutela jurisdicional é *o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo*, significando mais do que a simples atividade jurisdicional que propicia uma resposta formal á provocação dos interessados na solução de um litígio.

Este enfoque do processo, pelo prisma dos seus efeitos fenomênicos, é fruto, conforme o citado autor, da visão do sistema processual pelo seu *ângulo externo*, ou seja, desapegada dos exageros dogmáticos da autonomia do processo, em que o binômio *direito-processo* é relativizado, de forma a permitir a inclusão dos bons resultados no contexto metodológico do direito processual.

Isso, segundo Dinamarco, consiste no *processo civil de resultados*, que tem em vista a efetiva pacificação de pessoas e eliminação de conflitos segundo critérios de justiça, promovendo-se a *efetividade do ordenamento jurídico*, cujo objeto da tutela é o homem e não *direitos*.

Posicionamento semelhante é sustentado por Humberto Theodoro Jr.<sup>336</sup>, quando diz que não se pode confundir *tutela jurisdicional* com *prestação jurisdicional*, pois aquela existe quando o provimento jurisdicional reconhece e resguarda o direito subjetivo da parte no caso concreto. Fazendo isso, vai além da simples prestação jurisdicional: realiza a *tutela jurisdicional*.

Estas ilações doutrinárias evidenciam que o Poder Judiciário não pode se contentar com a simples tutela formal de direitos. Fundamental é que a tutela seja efetiva e alcance o resultado pretendido pela parte que comprove a violação do seu direito por outrem.

Para isso, quando necessário, deve se valer das *tutelas de urgência*, cuja principal finalidade é evitar que a demora natural do processo possa comprometer a efetividade da tutela jurisdicional.

A tutela de urgência está inserida naquilo que parte da doutrina, embasada no magistério de Andrea Proto Pisani, denomina *tutela diferenciada*, entendida como procedimento destinado a conferir maior efetividade ao processo, assegurando à parte o tipo ou espécie de tutela mais adequado à real proteção do direito<sup>337</sup>:

---

<sup>336</sup> *Tutela jurisdicional de urgência*, p. 02.

<sup>337</sup> João Batista Lopes, *Tutela antecipada*, p. 39.

Nesta senda doutrinária, Donaldo Armelin<sup>338</sup> define a tutela de urgência como *uma tutela diferenciada, cuja característica, no plano teleológico, é sua aptidão para melhor distribuir o ônus do tempo no processo, evitando ou menos minimizando o dano marginal emergente da duração do processo.*

Ressalta o apontado mestre que do conflito de interesses já decorre um natural prejuízo para quem, efetivamente, tem seu direito não observado, sendo que tal estado de coisas se prolongará até que o processo chegue ao seu final, daí a justificativa para a expressão *dano marginal emergente da duração do processo.*

As recentes reformas do Código de Processo Civil representam um movimento contra o exagerado *conceitualismo* e a intensa preocupação garantística que, em nome do *due process of law*, entram a máquina e abrem flancos para a malícia e a chicana, concorrendo para uma Justiça morosa e às vezes insensível às angústias dos sujeitos em conflito<sup>339</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>340</sup>, ao discorrer sobre as técnicas empregadas com maior frequência para enfrentar o problema da excessiva demora dos pleitos judiciais, destaca a chamada *sumarização* do procedimento e da cognição judicial, que consiste em adiantar provisoriamente o resultado do pleito, *à vista de elementos que, embora insuficientes para fundar convicção plena, permitam ao órgão judicial um juízo 'de probabilidade' favorável ao autor.*

Mais do que uma exortação doutrinária, o processo eficaz é um direito individual de todos aqueles que se encontram sob o pálio da Justiça.

Tal idéia já se encontrava ínsita no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

As idéias de democracia e estado de direito pressupõe uma ordem jurídica justa e eficaz, sob pena do princípio do amplo acesso ao Judiciário se reduzir a uma fórmula inócua.

O direito à Justiça rápida e eficaz tornou-se ainda mais patente com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, por obra da Emenda Constitucional 45/04, estabelecendo que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

---

<sup>338</sup> Realização e execução das tutelas antecipadas, p. 506.

<sup>339</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A nova era do processo civil*, p. 11.

<sup>340</sup> *Temas de direito processual*, p. 92.

Segundo o entendimento de Humberto Theodoro Jr.<sup>341</sup>, a partir das inovações trazidas pela Lei 8.952/94, há duas modalidades de tutela de urgência: a *antecipação da tutela* (medidas satisfativas) e a *tutela cautelar* (medidas conservativas). Esta é também a classificação adotada por Marcos Destefenni<sup>342</sup>.

J. C. Barbosa Moreira<sup>343</sup>, por seu lado, vislumbra quatro tipos daquela tutela: a) as medidas *puramente cautelares*, como a produção antecipada de provas; b) as cautelares produtoras de efetivos antecipados suscetíveis de cassação, v.g., a concessão de alimentos a título provisório; c) as medidas cautelares produtoras de efeitos antecipados definitivos, do que seria exemplo a demolição de prédio em ruína iminente (CPC, art. 888, VIII); d) as medidas antecipatórias fundadas no art. 273 ou em lei especial, desprovidas de índole cautelar, como a imissão do expropriante na posse do bem objeto de desapropriação (DL 3.365, art. 15).

Classificação um pouco distinta é oferecida por Donaldo Armelin<sup>344</sup>, que situa três espécies de tutelas de urgência: a) tutela interinal; b) tutela antecipada no plano cautelar; c) tutela de urgência satisfativa com procedimento cautelar.

A *tutela de urgência interinal* seria aquela prestada mediante liminares no processo de conhecimento, sujeitas à confirmação ou revogação no mesmo processo, com fundamento nos art. 273 e 461 do CPC.

A *tutela antecipada no plano cautelar* corresponderia àquela decorrente dos procedimentos especiais ou do exercício do poder geral de cautela do juiz. Por fim, a *tutela de urgência satisfativa* seria a prestada em procedimento cautelar, mediante cognição sumária, em razão da urgência, para conflitos que normalmente poderiam ser resolvidos em cognição plena e exauriente (art. 888 do CPC), casos em que a prestação jurisdicional não é unida pela imutabilidade inerente à coisa julgada material, mas somente à coisa julgada formal. Extinto o processo, não haverá impedimento a que a decisão seja revista em processo de cognição plena e exauriente.

Em face destas considerações doutrinárias, é natural que haja na práxis forense algumas dúvidas e hesitações sobre a natureza do provimento de urgência a ser dirigido ao juiz, o que acabava por provocar, em alguns casos, o indeferimento da medida sob o fundamento da incompatibilidade com o rito da ação – pedido cautelar em ação principal ou pedido de tutela antecipada em ação cautelar.

---

<sup>341</sup> *Tutela jurisdicional de urgência*, p. 06.

<sup>342</sup> *Natureza constitucional da tutela de urgência*, p. 201.

<sup>343</sup> *Temas de direito processual*, p. 102.

<sup>344</sup> *Realização e execução das tutelas antecipadas*, p. 510.

No tocante a isso, a Lei 10.444/02 trouxe importante inovação ao admitir a fungibilidade das tutelas de urgência, no § 7º acrescentado ao art. 273 do CPC, dispondo que *poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado*, ainda que o autor a denomine de antecipação de tutela.

Segundo Luis Rodrigues Wambier<sup>345</sup>, tal dispositivo tem grande alcance e significa, em última análise, que se podem formular pedidos de natureza cautelar no próprio processo de conhecimento, desde que conectados com os efeitos da sentença, uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

João Batista Lopes<sup>346</sup> esclarece que a razão desta inovação legislativa é a prevalência de tendências que privilegiam a instrumentalidade substancial e a função social do processo, afastando-se, em consequência, outras tendências ao fetichismo tecnicista.

Entende ele, todavia, que o princípio da fungibilidade não foi albergado em termos amplos e irrestritos, limitando-se aos casos em que o autor requerer, a título de antecipação de tutela, provimento de natureza cautelar, mas não o inverso, porque na propositura de ação cautelar, em que se formula pedido de natureza antecipatória, a concessão da medida ficaria condicionada à propositura da ação principal, de forma a impedir a aplicação do princípio da fungibilidade.

Opinião diversa é sustentada por Luis Guilherme Marinoni<sup>347</sup>, para quem é possível a concessão de tutela cautelar em lugar da antecipação de tutela requerida pelo autor, desde que não haja erro grosseiro na formulação do pedido.

Nesta mesma linha segue Cássio Scarpinella Bueno<sup>348</sup>, para quem o legislador disse menos do que pretendia, de forma que, em face dos art. 154 e 244 do CPC, a forma do ato não pode frustrar a sua finalidade substancial.

Observa ele, no entanto, que o juiz deverá exigir, neste caso, a reformulação da petição inicial, nos termos do art. 284 do CPC.

Em que pesem as variações doutrinárias, é indubitável que todos admitem duas formas básicas de tutela de urgência: as medidas cautelares e a tutela antecipada.

A antecipação da tutela corresponde a uma precipitação dos efeitos da sentença de mérito, embora em caráter precário, quando presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.

---

<sup>345</sup> *Breves comentários à nova sistemática do processo civil*, p. 173.

<sup>346</sup> *Tutela antecipada*, p. 167.

<sup>347</sup> *A antecipação da tutela*, p. 154-155.

<sup>348</sup> *Tutela antecipada*, p. 123-126.

Medidas cautelares são providências requeridas ao juiz para garantir a eficácia da tutela jurisdicional pleiteada na ação principal. Provisórias e dependentes do processo principal, elas conservarão sua eficácia até que sejam revogadas ou não mais se mostrem necessárias.

As tutelas de urgência têm plena utilidade na ação por improbidade administrativa, pois também ela se defronta com situações em que a demora do processo poderá acarretar a ineficácia do provimento jurisdicional definitivo.

Não há qualquer dúvida sobre o cabimento de medidas cautelares em casos de improbidade, tanto que são previstas algumas hipóteses deste tipo de provimento na própria Lei 8.429/92.

O art. 16 menciona a medida cautelar de *seqüestro* (art. 822 a 825 do CPC) como aquela que poderá ser ajuizada na defesa do interesse público.

Neste caso, a toda evidência, o legislador *minus dixit quam voluit*, pois não faz sentido restringir a adoção de outras cautelares como o *arresto* (art. 813 a 821 do CPC), a *busca e apreensão* (art. 839 a 843 do CPC) e a *exibição de documentos* (art. 849 a 851 do CPC)<sup>349</sup>.

O efetivo acesso à justiça implica, no caso de risco de demora, que o titular do direito violado possa se valer de todos os meios disponíveis no ordenamento jurídico para restaurar o seu patrimônio, inclusive as tutelas de urgência que se fizerem necessárias, sem excluir as medidas cautelares inominadas, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Segundo a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, a medida cautelar de *seqüestro* visa bens específicos que constituam o objeto do litígio. Em sendo assim, esta medida será apropriada nos casos em que a ação por improbidade vise alcançar bens determinados, cuja perda em prol do Poder Público tenha sido requerida na petição inicial, seja porque foram objeto de apropriação indébita ou porque foram acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu.

Em se tratando de pretensão à reparação pura e simples de danos causados ao patrimônio público, a medida correta será o *arresto*, que pode alcançar qualquer bem do devedor, exceto aqueles impenhoráveis, uma vez que todo o seu patrimônio responderá pelos danos causados (art. 942 do CC; art. 591 do CPC).

Cabível, ainda, a ação cautelar de *indisponibilidade dos bens* com fundamento no art. 7º da Lei 8.429/92, a ser ajuizada pelo Ministério Público ou pelo ente público prejudicado.

---

<sup>349</sup> No julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 8.716/GO, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade do Ministério Público para requerer medida cautelar de exibição de documentos.

Neste ponto, embora o citado dispositivo só faça referência ao Ministério Público, cumpre sublinhar que também a procuradoria do órgão interessado está legitimada a pleitear a mesma medida. Basta ver que o art. 16 reconhece a legitimidade, tanto a um como ao outro, para a medida cautelar de seqüestro, legitimidade que deve ser estendida a qualquer outro requerimento cautelar, já que não existe razão para se fazer distinção entre eles.

De qualquer modo, ambos dependerão de ordem judicial para a decretação da interdição patrimonial da pessoa investigada, posto que tal medida só possível mediante o respeito ao *devido processo legal*, nos termos do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em processo judicial onde sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Questão relevante diz com a amplitude da indisponibilidade de bens, havendo aqueles que defendem o alcance de todo e qualquer bem do requerido. Outros não admitem a indisponibilidade de bens adquiridos antes da prática do ato ímprobo.

O dissenso está presente inclusive no Superior Tribunal de Justiça, pois a sua Segunda Turma entendeu que a indisponibilidade pode recair sobre tantos bens quantos forem necessários para o ressarcimento do dano, mesmo os adquiridos antes ou depois do ato de improbidade<sup>350</sup>.

Já a Primeira Turma decidiu que a indisponibilidade não pode atingir bens adquiridos antes da prática do ato de improbidade<sup>351</sup>.

Não se pode dizer, de antemão, qual dessas soluções é a mais acertada, pois ela depende das circunstâncias do caso concreto.

Em se tratando de ressarcimento de danos causados ao Poder Público, todo o patrimônio do devedor estará sujeito à expropriação forçada para a plena satisfação do crédito reconhecido na sentença, conforme se depreende da primeira parte do art. 942 do Código Civil de que *os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado*.

Disposição semelhante é encontrada no art. 591 do Código de Processo Civil<sup>352</sup>, o que não deixa dúvidas sobre a responsabilidade integral daquele que causou dano ao patrimônio público, até o limite do valor fixado na sentença.

Excluem-se da indisponibilidade os bens considerados impenhoráveis (art. 649 do CPC), inclusive os bens de família previstos pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990. Com efeito, sendo inalcançáveis por futura execução, também não podem sofrer a

---

<sup>350</sup> Recurso Especial 401.437/SP.

<sup>351</sup> Recurso Especial 196.932/SP.

<sup>352</sup> “Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

indisponibilidade, já que esta medida não passa de um ato preparatório e assecuratório da eficácia executiva.

Contudo, a impenhorabilidade não pode alcançar bens que sejam produto do ato ímprobo, em face do princípio geral do direito de que *a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza*.

A *ratio essendi* da impenhorabilidade de bens é a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, não se pode exaurir o patrimônio do devedor a ponto de deixá-lo e à sua família em completa miséria e sem lugar para se abrigarem, muitas vezes sem grande proveito social ao credor.

No entanto, há o pressuposto de que os bens foram adquiridos de forma lícita, em consonância com a mesma ordem jurídica que ora lhes confere proteção. Indigna a forma de aquisição do bem, não pode se converter em dignidade para receber o manto protetor daquela a quem violou.

O órgão legitimado não estará obrigado a propor a ação cautelar preparatória, podendo optar, se assim parecer melhor ao interesse público, optar pelo ajuizamento direto da ação principal, caso em que poderá requerer a antecipação da tutela, se estiverem presentes os requisitos do art. 273 do CPC.

Em alguns casos, porém, será incabível a tutela antecipada, dada a irreversibilidade do pedido, como ocorre com a pretensão de que o réu seja privado da sua função pública ou tenha os seus direitos políticos suspensos. Esta a razão, aliás, pela qual o *caput* do art. 20 da Lei 8.429/92 determina que nesses casos a sentença somente produza efeito após o trânsito em julgado.

Não impede a lei, contudo, que o juiz ou a autoridade competente determine o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, mas sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução do processo (parágrafo único do art. 20).

Havendo o ajuizamento da ação cautelar preparatória, a ação principal deverá ser proposta no prazo de trinta dias da *efetivação* da medida, nos termos do *caput* do art. 17 da Lei de Improbidade. Repete-se, aqui, a norma do art. 806 do Código de Processo Civil.

De se notar que os citados dispositivos legais prevêm a fluência do prazo somente a partir do momento em que *efetivada* a medida, o que significa a sua real implementação em face do requerido. Assim, não se deve considerar para o início da contagem do trintídio o mero requerimento ou a concessão da medida cautelar.

Cumpra observar que a concessão da tutela por requerimento do Ministério Público poderá gerar dúvidas sobre a responsabilidade por eventuais danos causados à parte ré, visto que, ordinariamente, o requerente, tanto nas ações cautelares como nos pedidos de antecipação da tutela, terá *responsabilidade objetiva* por qualquer dano que venha a ser causado ao requerido.

Ao final da ação, se apurados danos ao réu, a responsabilidade será da União ou do Estado-Membro, conforme a ação tenha sido movida pelo Ministério Público da União ou do Estado, uma vez que o *Parquet* também é órgão estatal e sua atuação pode ensejar a responsabilidade civil correspondente.

## 11 SENTENÇA E COISA JULGADA NA AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 11.1 Definição e classificação da sentença

A definição de sentença sempre foi objeto de controvérsias no processo civil brasileiro, inclusive sob a redação original do § 1º do art. 162 do Código de Processo Civil vigente, que a definia como *ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*.

No entendimento de Egas Dirceu Moniz de Aragão<sup>353</sup>, esta definição de sentença não estava em consonância com a melhor doutrina, segundo a qual somente o julgamento do mérito da causa, acolhendo ou repelindo o pedido do autor, define uma sentença, não abrangendo os casos de extinção sem julgamento do mérito, conforme o pensamento de Chiovenda e outros processualistas.

Entretanto, ressalta o apontado autor que, do ponto de vista prático, a definição era proveitosa, pois, qualquer que fosse o resultado, o pronunciamento do juiz era chamado sentença e cabível o recurso de apelação, eliminando a dualidade recursal que havia sob o Código de Processual Civil de 1939, em que cabia *apelação* contra a sentença de mérito e *agravo de petição* contra a sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

Todavia, em abandono àquela definição original, que seguia critérios funcionais, o legislador passou a adotar critério casuístico e exemplificativo para definir a sentença, como sendo *o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos art. 267 e 269 desta Lei*, conforme a nova redação do § 1º do art. 162 do CPC, proporcionada pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

A opção legislativa decorreu da necessidade de não mais se afirmar que uma sentença de mérito *encerra o processo*, dada a nova sistemática para a execução do título executivo judicial, em que deixou de existir solução de continuidade entre a fase de conhecimento e a fase executiva, naquilo que a doutrina vem denominando *processo sincrético*.

A execução da sentença passou a ser mero desdobramento da ação de conhecimento, nos termos dos art. 475-I a 475-R do CPC.

---

<sup>353</sup> Comentários ao Código de Processo Civil, p. 33.

Contudo, a nova definição merece críticas porque desprovida de critério científico.

Segundo Aristóteles<sup>354</sup>, definir algo é expor numa frase o atributo que pertence exclusivamente ao termo definido e que constitui a sua essência. No dizer de Pascal Ide<sup>355</sup>, *a definição é uma operação ou instrumento da inteligência... pela qual ela diz distintamente o que é a coisa*.

Evidentemente, não se pode definir algo sem dizer quais atributos fazem a sua essência. A falta de critério científico para a nova definição de sentença leva à própria inexistência desta definição.

O que o legislador fez, por intermédio da Lei 11.232/05, foi *exemplificar* o que considera uma sentença, rotulando os casos em que ela presumivelmente existe (art. 267 e 269 do CPC). Contudo, os rótulos não alteram a natureza das coisas. Não se pode chamar de sentença aquilo que não o é, nem se pode tratar como ato distinto o que tem a natureza de sentença.

Há situações em que surgem dúvidas sobre a natureza do ato judicial para efeito de interposição de recurso, como na decisão que extingue a ação em relação a um dos litisconsortes e determina o prosseguimento em relação aos demais; ou na decisão que profere declaração incidental, na forma do art. 325 do CPC, em momento anterior à prolação da sentença de mérito.

Tais circunstâncias não passam despercebidas a Cássio Scarpinella Bueno<sup>356</sup>, quando observa que as decisões interlocutórias também podem ter conteúdo do art. 267 (exclusão de um litisconsorte ativo ou passivo, rejeição de uma reconvenção) ou do art. 269 (deferimento de tutela antecipada com base no art. 273, I), enquanto há outras sentenças que não se amoldam aos art. 267 e 269 e nem por isso deixam de ser sentenças, como no caso do art. 795 do Código de Processo Civil.

Em casos como os acima apontados, a definição legal de sentença adquire importância fundamental.

O legislador, contudo, preferiu o agnosticismo conceitual, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência a tarefa de definir sentença nas ocasiões em que isso se fizer necessário.

---

<sup>354</sup> *Tópicos*, p. 05 et seq.

<sup>355</sup> *A arte de pensar*, p. IX.

<sup>356</sup> *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 428.

Sentença, por definição, é ato pelo qual o juiz encerra a sua plena cognição no procedimento em primeiro grau de jurisdição, seja resolvendo o mérito (art. 269) ou declarando a impossibilidade de fazê-lo (art. 267).

Com efeito, a partir da sentença, o juiz não mais se manifesta sobre o mérito da lide, limitando-se, se for o caso, a decisões de natureza interlocutória e despachos de mero expediente, relacionados com o juízo de admissibilidade da apelação.

Neste sentido a lição de Arruda Alvim<sup>357</sup>, para quem a sentença é *o ato final do juiz, que encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição, com ou sem resolução de mérito*.

Segundo a doutrina, as sentenças podem ser classificadas em terminativas e definitivas.

Terminativas são as sentenças que põem fim ao processo sem que o seu mérito seja resolvido (art. 267 do CPC). Definitivas são as que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte (art. 269, idem)<sup>358</sup>.

No tocante à sua eficácia, as sentenças emitidas em processo de conhecimento podem ser classificadas em declaratórias, constitutivas e condenatórias. Se o pedido for julgado improcedente, os seus efeitos serão sempre declaratórios negativos<sup>359</sup>.

Ensina Arruda Alvim<sup>360</sup> que a sentença meramente declaratória é aquela cujo objeto é exclusivamente a declaração de um direito, trazendo certeza jurídica e valendo como autêntico preceito para as partes. Sentença constitutiva a que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. Condenatória será a sentença que emitir uma sanção contra o réu. A estes tipos de sentença podem ser acrescentadas as ações mandamentais, cujo provimento jurisdicional consistirá numa ordem a ser cumprida por um destinatário, sob pena de suscitar alguma sanção contra ele.

## 11.2 A sentença na ação por improbidade

Tal como em qualquer outro tipo de processo, poderá a sentença ser terminativa ou definitiva na ação por improbidade.

---

<sup>357</sup> *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 561.

<sup>358</sup> Humberto Theodoro Jr, *Curso de direito processual civil*, p. 569.

<sup>359</sup> Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 569-570

<sup>360</sup> *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 570-576.

Ela será terminativa se extinguir o processo sem apreciar o mérito, nas hipóteses previstas no art. 267 do CPC. Caso se pronuncie sobre o mérito, em qualquer das hipóteses do art. 269 do mesmo código, será definitiva.

Incabível, todavia, a extinção com fundamento no inciso III do art. 269, visto que não se admite transação ou acordo em ação por improbidade, nos termos do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92.

Poderá a sentença de mérito ser proferida de plano, antes mesmo da citação formal do réu, nas seguintes hipóteses relacionadas pelo § 8º do art. 17 da Lei de Improbidade: inexistência do ato de improbidade, improcedência da ação ou inadequação da via eleita.

A enumeração não pode ser considerada taxativa, porque outros casos autorizam a rejeição liminar, nos art. 267 ou 269 do CPC.

Destarte, poderá o processo ser extinto de plano se o juiz reconhecer a ausência de pressuposto processual ou condição da ação, como em qualquer outro, fundamentando-se nos incisos IV e VI, respectivamente, do Código de Processo Civil.

A rejeição também poderá ocorrer em caráter liminar se estiver presente motivo para o indeferimento da petição inicial, como a sua inépcia (parágrafo único do art. 295 do CPC), o que, em última análise, também implica em ausência de um pressuposto processual, embora prevista como causa autônoma de extinção no CPC (inciso I do art. 267).

Também autoriza a rejeição de plano a caracterização da preempção (inciso V do art. 267) se o autor deu causa, por três vezes, à extinção de ações idênticas por abandono (parágrafo único do art. 268 do CPC).

O mesmo se diga de hipótese de litisconsórcio passivo necessário, quando o autor deixar de promover a citação de quem deveria estar no pólo passivo da ação, circunstância em que o processo deverá ser extinto, conforme o parágrafo único do art. 47 do CPC.

Rejeição liminar também poderá ocorrer se o juiz entender pela consumação da decadência ou da prescrição, medida que ele pode tomar *ex officio*, inclusive, nos termos do § 5º do art. 219 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.

A litispendência e a ofensa à coisa julgada somente são induzidas após a citação do réu (*caput* do art. 219) – já que antes disso pode haver livre alteração dos elementos da ação pelo autor, nos termos do art. 264 do CPC –, de modo que a possibilidade da sua ocorrência não autoriza a imediata extinção da ação por improbidade administrativa.

Conforme já se viu alhures<sup>361</sup>, a *inexistência do ato de improbidade* é expressão sinônima de *improcedência do pedido*, pois implica que a pretensão à punição do réu não pode ser atendida, em face da inexistência da conduta que lhe foi atribuída ou da atipicidade em face da lei.

Em que pese tratar-se de rejeição preliminar, cuidará de julgamento de mérito, sujeito, portanto, aos efeitos da coisa julgada material.

O mesmo não ocorre caso a ação seja *rejeitada* por inadequação da via eleita, pois aqui se reconhece somente a ausência de um pressuposto processual, qual seja, a adequação do rito à pretensão deduzida em juízo. A rigor, esta solução implica no reconhecimento de que não se trata de pedido embasado na Lei 8.429/92, pois, se o fosse, o rito seria adequado.

Será inadequado justamente porque a pretensão, embora possível, terá que seguir rito definido em outra lei, podendo ser o caso, v.g., de ação ordinária ou ação civil pública em que o pleito seja diverso daqueles albergados na Lei de Improbidade.

Quanto aos seus efeitos, será sempre declaratória negativa a sentença que julgar improcedente o pedido.

Poderá, no entanto, assumir caráter dúplice caso algum dos réus intente reconvenção (art. 315 a 318 do CPC) contra a entidade pública que for autora da ação, fundamentando sua pretensão nos mesmos fatos ou em fatos conexos com os alegados na petição inicial ou na contestação.

Com efeito, sendo competente o juízo, não se pode excluir a possibilidade de reconvenção em ação por improbidade, visto que o rito ordinário a admite e a Lei 8.429/92 não contém proibição neste sentido. Tampouco existe razão de ordem pública ou instrumental que a impeça.

Não poderá haver reconvenção quando o autor da ação for o Ministério Público, visto que este órgão atua na qualidade de substituto processual (art. 6º do CPC), na defesa de direito alheio. Não poderia ele, portanto, ser o reconvindo no lugar da entidade cujo direito defende em juízo, como, aliás, diz expressamente o parágrafo único do art. 315 do CPC.

Quanto ao seu conteúdo, poderá a sentença impor as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

---

<sup>361</sup> Vide seção 11.4 deste trabalho.

Não há possibilidade de sentença meramente declaratória em ação por improbidade administrativa, posto que a sentença jamais se limitará a declarar a existência ou inexistência de relação jurídica ou então a falsidade ou autenticidade de documento, como reza o art. 4º do Código de Processo Civil.

Da sentença de procedência sempre decorrerá alguma conseqüência para o réu, de caráter condenatório ou constitutivo.

Observa Aristides Junqueira Alvarenga<sup>362</sup> que as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública devem ser necessariamente aplicadas, porque a reparação de dano é mero efeito da declaração judicial da existência de qualquer ato lesivo ao erário público, passível de obtenção mediante ação popular. Se o ato que se reputa ímprobo não merecer as sanções em comento, então não se estará diante de ato de improbidade, sendo o caso, talvez, de ação popular ou ação civil pública de caráter reparador.

A sentença que decreta a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu tem caráter condenatório, visto que implica em sanção dirigida a ele. O mesmo ocorre com a decisão que condena ao ressarcimento do dano. Em ambos os casos, a sentença produzirá efeitos *ex tunc*, o que gera importantes conseqüências jurídicas.

O ressarcimento compreenderá os danos emergentes e os lucros cessantes, na forma do art. 402 do Código Civil.

Segundo a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>363</sup> é viável que a apuração do montante se dê na fase de liquidação, sem que haja afronta aos art. 5º, 10 e 12 da Lei 8.429/92.

Na condenação em dinheiro incidirá a atualização monetária, nos termos da Lei 6.899/81, desde a data em que se consumou o prejuízo.

Quanto aos juros de mora, por se tratar de ato ilícito, incidirão desde a data da sua ocorrência, nos termos do art. 398 do Código Civil vigente. Não se aplica, neste caso, o *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil, visto que, se tratando de mora *ex re* e não de mora *ex persona*, dispensável a notificação ou interpelação do devedor para que seja constituído em mora.

No tocante à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu, não há incidência de atualização monetária ou juros legais, porque não se trata de ressarcimento ou indenização de dano causado ao Poder Público. São hipóteses em que o

---

<sup>362</sup> *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*, p. 109-110.

<sup>363</sup> Recurso Especial 897.410/SP.

enriquecimento ilícito ocorreu sem um correspondente prejuízo material ao interesse público. Houvesse este prejuízo, seria caso de ressarcimento e não de perda dos bens ou valores.

Assim, os bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do réu serão revertidos ao Poder Público no estado em que se encontram no momento do trânsito em julgado da sentença, o que poderá tornar conveniente o ajuizamento de medida cautelar de indisponibilidade, seqüestro ou arresto de bens do réu, visando garantir a eficácia da sentença a ser oportunamente proferida na ação principal.

Como observa Marlon Alberto Weichert<sup>364</sup>, estes bens usualmente são transferidos a terceiros, transformados em outros bens ou alienados sucessivamente, motivos pelos quais, na impossibilidade deles serem especificados, todo o patrimônio do réu deve responder pela obrigação de reversão, até o montante equivalente aos bens ou valores obtidos com a conduta ilícita.

Condenatória também será a sentença que fixar pena de multa civil, arbitrada pelo juiz, conforme o caso, em até três o valor do acréscimo patrimonial (inciso I do art. 12 da Lei 8.429/92), até duas vezes o valor do dano (inciso II, idem) ou até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente (inciso III, idem).

Vale ressaltar que esta multa não se confunde com multas de outras naturezas, como, por exemplo, multa penal, multa administrativa e outras multas civis (*caput* do art. 12 da Lei de Improbidade).

Assim, na hipótese de improbidade praticada através de fraude em licitação, poderão incidir, simultaneamente, a multa civil fixada na sentença condenatória, a multa penal do art. 90 da Lei 8.666 e as multas fixadas no edital de licitação<sup>365</sup> ou em contrato com a Administração Pública (inciso VII do art. 55 da Lei 8.666/93).

A multa por improbidade corresponde ao “*exemplary damages*” ou “*punitive damages*” do direito norte-americano, ou seja, indenização exemplar ou punitiva, conforme anota Marlon Alberto Weichert, que comporta aplicação cumulativa com a sanção de ressarcimento, se o agente atuou intencionalmente, como fator de dissuasão do risco da conduta ilícita<sup>366</sup>.

Por seu turno, a pena de perda da função pública tem caráter constitutivo, visto que implica na extinção da relação jurídica de direito público entre o réu e o Poder Público. Em sendo assim, produzirá efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 20

---

<sup>364</sup> A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa, p. 63.

<sup>365</sup> Sobre a validade de multa prevista em edital de licitação, vide decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.378/SP.

<sup>366</sup> A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa, p. 66.

da Lei 8.429/92, de modo que o agente público preservará todos os direitos funcionais até a data em que transitar em julgado a sentença.

Entende Marlon Alberto Weichert<sup>367</sup> que a perda da função pública torna o agente inapto para nova investidura, ainda que por novo concurso, em qualquer nível ou esfera do Poder Público, atingindo até mesmo outras funções ou cargos cuja cumulação seja permitida pela Constituição Federal.

Também terá caráter constitutivo a suspensão dos direitos políticos, pois implicará na inelegibilidade e incapacidade eleitoral do réu pelo prazo fixado na sentença, alterando de forma temporária o seu *status* político.

A proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios tem natureza constitutiva para o réu, visto que lhe impõe uma *capitis diminutio*, alterando seu estatuto pessoal, enquanto durar a sanção. Todavia, vincula também a Administração Pública, para a qual terá caráter mandamental.

Esta interdição acarretará ordem reflexa para toda a Administração Pública, de qualquer nível de todos os Poderes, de firmar contrato o réu.

Tendo ciência da sentença, caberá ao Administrador, imediatamente, providenciar a anulação do contrato por incapacidade da parte contratante, aplicando-lhe, conforme o caso, as sanções legais e contratuais cabíveis, sem prejuízo da continuidade do serviço público, quando for o caso.

No tocante à proibição de obter benefícios ou incentivos fiscais, deve ser restaurada imediatamente, através da imediata cessação dos benefícios ou incentivos, com efeitos *extunc*, ou seja, ficando o beneficiário responsável por repor ao erário o montante equivalente a tais benefícios.

Quanto aos benefícios creditícios, deve a sentença prever que a dívida contraída em desrespeito ao julgado será considerada antecipadamente vencida, com a imediata cobrança do principal e dos encargos incidentes sobre ele, por se tratar de operação que contraria a ordem emanada do Poder Judiciário. Aplicáveis, no caso, os art. 1.426 a 1.430 do Código Civil.

Mesmo que a sentença não contenha tal previsão, não pode ser outro o seu efeito, posto que o preceito legal se converteria em letra morta caso o réu condenado por improbidade pudesse burlar, ao seu bel prazer, a interdição aos créditos e benefícios fiscais resultante da improbidade.

---

<sup>367</sup> Ibid., p. 69-72.

De qualquer modo, para que não se alegue desconhecimento ou dúvidas sobre estas conseqüências, é de todo conveniente que elas sejam claramente estampadas no ato decisório.

Conforme ressalta Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa<sup>368</sup>, a proibição de contratar com o Poder Público somente produz efeitos após o trânsito em julgado da sentença, devendo ser comunicada ao Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativa (CNCIA), banco de dados criado pelo Conselho Nacional da Justiça, através da Resolução n. 44, parcialmente alterada Pela Resolução n. 50, de 25 de março de 2008.

Em se tratando de sanção por ato ilícito e não de anulação de ato ou contrato administrativo, a proibição somente pode alcançar futuros contratos, respeitando-se os contratos precedentes, sob pena de ofensa ao direito adquirido. Ademais, a interrupção dos contratos em curso, em muitos casos, poderá prejudicar a própria continuidade do serviço público.

Por outro lado, Márcia Pelegrini<sup>369</sup> advoga a tese de que a proibição de contratar somente deve produzir efeitos no território do ente lesado com o ato de improbidade, salvo nas hipóteses em que a conduta ilícita seja nociva à economia nacional e à Administração Pública como um todo.

Ao proferir a sentença, o juiz deverá sopesar a atuação do réu e discernir acerca das punições que pareçam mais razoáveis, no caso concreto, dentre aquelas cominadas pela Lei 8.429/92.

Mesmo reconhecendo a ocorrência da conduta ímproba, o magistrado não estará obrigado a aplicar todas as sanções requeridas na petição inicial, podendo fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, mediante adequada fundamentação, conforme entendimento esposado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 513.576/MG.

Reiteradas têm sido as decisões daquela Corte neste mesmo sentido<sup>370</sup>, que agora encontram correspondência no *caput* do art. 12 da Lei 8.429/92, com a redação da Lei 12.120/2009.

Perfilhando estes mesmos princípios, também decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça que para a reparação prevista no inciso II do art. 12, da Lei n. 8.429/92, deverá o julgador considerar o dano ao erário público, além da observância da reprovabilidade e do elemento volitivo de sua conduta, porquanto referida norma busca não só reparar o dano

---

<sup>368</sup> *Momento de eficácia da sentença que aplica a penalidade de proibição de contratar com o Poder Público...*, p. 23-29.

<sup>369</sup> *Lei de improbidade administrativa: extensão territorial dos efeitos da pena de proibição...*, p. 677.

<sup>370</sup> Recurso Especial 1.069.435/RS; Recurso Especial 626.204/RS.

público, bem como punir a prática da conduta dolosa ou culposa perpetrada em ferimento ao dever de probidade<sup>371</sup>.

### 11.3 Coisa julgada

Sabe-se que a delimitação temporal dos fenômenos jurídicos é premissa para a estabilidade das relações humanas e, *pari passu*, pressuposto da segurança jurídica na sociedade, constituindo o fundamento de importantes institutos do direito, como a prescrição, a decadência e a preclusão.

Tal como as obrigações não podem se eternizar, sob pena de todos serem tomados por incertezas e temores, as contendas judiciais também hão de encontrar um ponto final que se considere inexpugnável, de forma que todos os contendores saibam que, a partir de certo momento, não será mais possível revolver a questão que gerou a discórdia entre eles.

Dá-se o nome de *coisa julgada* a este momento em que as decisões judiciais tornam-se impermeáveis a novas discussões das partes interessadas.

O respeito à coisa julgada desfruta do *status* de garantia constitucional, por meio do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

Trata-se de instituto que já faz parte de tradição do direito brasileiro, estando presente nas Constituições Republicanas de 1934 (alínea 03 do art. 113), 1946 (§ 3º do art. 141), 1967 (§ 3º do art. 150) e 1969 (§ 3º do art. 153).

Nas Cartas Magnas do Século XX, só não esteve presente na Constituição de 1937, pejorativamente apelada de “Constituição Polaca”, que vigorou durante o regime do Estado Novo, de caráter reconhecidamente ditatorial, imposto por Getúlio Vargas.

Este instituto está previsto também no *caput* do art. 6º do Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil, onde prescreve que *a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*.

Variadas e profundas têm sido as discussões sobre os efeitos e a autoridade da coisa julgada no direito processual civil moderno.

---

<sup>371</sup> Recurso Especial 601.935/MG.

Credita-se a Chiovenda uma das mais importantes contribuições para a depuração do conceito e do fenômeno da *coisa julgada*, no sentido de separar o seu conteúdo propriamente jurídico das suas justificações político-sociais e distingui-la de figuras assemelhadas como a *preclusão* e a *coisa julgada formal*<sup>372</sup>.

Giuseppe Chiovenda<sup>373</sup> deixou consignado que a *res iudicata* era para os romanos nada mais do que a *res in iudicium deducta* depois de ter sido *iudicata*. Cuidava-se, assim, da *autoridade da coisa julgada*, segundo a qual o bem julgado tornava-se incontestável (*finem controversiarum accipit*), não podendo sofrer contestações ulteriores daquele a quem foi negado.

Anota o citado processualista que os romanos justificavam a autoridade da coisa julgada com razões inteiramente práticas, de utilidade social, pois não seria possível que a vida social se desenvolvesse de forma segura e pacífica sem a certeza ao gozo dos bens da vida. Assim, o processo era instituto público à atuação da vontade da lei (*pronuntiatio iudicis*) em relação aos bens da vida garantidos por ela.

Chiovenda afirma que o fundamento da coisa julgada é a autoridade da sentença que, como vontade do Estado, concede ou nega a alguém um bem da vida no caso concreto, de modo a se conseguir a certeza da existência de tal vontade e o caráter incontestável do bem reconhecido ou negado.

Assim, Chiovenda recusa quaisquer fundamentos lógicos, contratuais ou ficcionais para a autoridade da coisa julgada. Para ele, não há justificação fora da realidade. A sentença é única e exclusivamente uma vontade do Estado e dela haure a sua autoridade.

Não obstante o reconhecimento da inestimável contribuição de Chiovenda para o estudo da autoridade da coisa julgada, Liebman advertia<sup>374</sup>, mais de meio século atrás, sobre a necessidade de dar outros passos adiante na evolução doutrinária acerca deste importante instituto processual.

Estava certo o grande processualista italiano e permanecem atualíssimas as suas palavras, pois não cessam as discussões sobre novas facetas do problema, como a *relativização da coisa julgada* e a *coisa julgada inconstitucional*.

Aos objetivos deste estudo se torna indispensável a definição de coisa julgada material e a análise dos seus efeitos, como ponto de partida para a aplicação deste instituto no âmbito da ação por improbidade administrativa.

---

<sup>372</sup> Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 01.

<sup>373</sup> *Instituições de direito processual civil*, p. 446-449.

<sup>374</sup> *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 02.

A coisa julgada material é definida pelo art. 467 do Código de Processo Civil como a *eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*.

Esta redação não escapa à censura de Ada Pellegrini Grinover<sup>375</sup> em suas anotações à obra *Eficácia e autoridade da sentença*, de Liebman, onde também critica severamente os §§ 1º e 3º do art. 301 do CPC, pois entende a eminente processualista que estas definições legais estão mais próximas da definição de *coisa julgada formal* do que da *coisa julgada material*.

Couture<sup>376</sup> define a coisa julgada como um efeito da sentença ao dizer que ela é a *autoridade e eficácia de uma sentença judicial quando não existem contra ela meios de impugnação que permitam modificá-la*.

Entretanto, assinala Liebman<sup>377</sup>, escorado na lição de Chiovenda, que atualmente não se pode mais traduzir a coisa julgada como *efeito* próprio e específico da sentença, como a viram nas origens os romanos, ou seja, como simples obrigação naturalmente surgida do pronunciamento irrecorrível do juiz sobre a demanda.

Tal concepção, de acordo com Liebman, *foi condenada no dia em que se fez a análise do conteúdo e dos efeitos da sentença e se descobriu que elas podem, conforme o caso, ser de índole bem diversa*<sup>378</sup>.

Depois de assinalar que podem ser diferentes os efeitos da coisa julgada, conforme a natureza da ação (condenatória, constitutiva ou declaratória), afirma Liebman que a autoridade da coisa julgada é uma força, a maneira com que certos efeitos se produzem, ou seja, uma *qualidade* ou *modo de ser* deles, derivando essa força obrigatória da natureza imperativa do ato que a produz<sup>379</sup>.

Refuta, assim, a identificação da coisa julgada com a função declaratória da decisão judicial defendida por Carnelutti<sup>380</sup>, para quem a sentença, além de um juízo, é também um mandato, que constituiria o *prius* lógico de sua eficácia vinculante.

Neste sentido a definição apresentada por Ada Pellegrini Grinover<sup>381</sup>, de que a coisa julgada é *qualidade* da sentença e dos seus efeitos, consistente na sua *imutabilidade*, seja ela de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória. Dentro do processo, em razão da preclusão de todos os recursos cabíveis contra a decisão, esta imutabilidade denomina-se

---

<sup>375</sup> *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 08, nota de rodapé n. 05.

<sup>376</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 401.

<sup>377</sup> *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 04.

<sup>378</sup> Loc. cit.

<sup>379</sup> Op. cit., p. 05 e 19.

<sup>380</sup> *Sistema de direito processual civil*, p. 409.

<sup>381</sup> *O processo em evolução*, p. 146.

*preclusão máxima* ou *coisa julgada formal*. Se projetada para fora do processo, de modo a impedir que outra decisão ou nova lei a modifique, tem-se a *coisa julgada material*.

Humberto Theodoro Jr<sup>382</sup>, perfilhando a mesma orientação, diz que a *res iudicata* apresenta-se como qualidade da sentença, assumida em determinado momento do processo, não como efeito da sentença, mas a qualidade representada pela imutabilidade do julgado e dos seus efeitos.

Segundo este mesmo autor<sup>383</sup>, a diferença entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material é apenas de grau num mesmo fenômeno, pois, enquanto a primeira decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, a coisa julgada material produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, visto que já definitivamente apreciada e julgada.

No sistema do Código de Processo Civil, haverá coisa julgada material sempre que a sentença resolver a lide, nos casos previstos no art. 269: a) rejeição ou acolhimento do pedido; b) reconhecimento da procedência do pedido pelo réu; c) transação entre as partes; d) consumação da prescrição ou da decadência; e) renúncia ao direito material pelo autor da ação.

Há casos, porém, em que mesmo havendo o julgamento do mérito, não haverá coisa julgada material, como ocorre com as *relações jurídicas continuativas*, expressamente ressalvadas dos efeitos da *res iudicata* pelo inciso I do art. 471 do Código de Processo Civil.

Enquadra-se nesta situação jurídica, v.g., a sentença em ação de alimentos, pois que os sujeitos da obrigação alimentícia ficam perenemente submetidos às modificações econômicas que possam ocorrer com cada um, gerando alterações na capacidade de prestar os alimentos ou na necessidade de recebê-los, como deixa explícito o art. 1.699 do Código Civil.

Fruto disso é que o art. 15 da Lei 5.478, de 15 de julho de 1968, expressamente prevê que a sentença sobre alimentos não transita em julgado.

Afora as exceções, todavia, a sentença de mérito, uma vez transitada em julgado, tornar-se-á lei entre as partes e fará coisa julgada material, de modo a impossibilitar a sua modificação.

Mesmo assim, ainda restaria a possibilidade da desconstituição da sentença por meio de ação rescisória, a ser intentada no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença, desde que incidentes uns dos vícios taxativamente enumerados no art. 485 do CPC.

---

<sup>382</sup> *Curso de direito processual civil*, p. 600.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 603.

Em função disso, inspirado em Pimenta Bueno, José Frederico Marques<sup>384</sup> difundiu a conhecida expressão *coisa soberanamente julgada*, para espelhar a absoluta impossibilidade de modificação da sentença após o decurso do prazo de dois anos, previsto no art. 495 do Código de Processo Civil, ou depois de transitada em julgado a decisão que julgou improcedente o pedido rescisório.

Nos dias atuais, entretanto, surgem outras causas de desconstituição da coisa julgada, a começar pela denominada *coisa julgada inconstitucional*, inserida no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741, ambos do Código de Processo Civil, pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

Por estes dispositivos, tornar-se-á inexigível a sentença fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo pretório Excelso como incompatíveis com a Constituição.

Trata-se de normas controvertidas, uma vez postas em cotejo com a própria garantia constitucional da coisa julgada (inciso XXXVI do art. 5º da CF).

Entretanto, tudo caminha para o reconhecimento da constitucionalidade da inovação legislativa, posto que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao menos em dois acórdãos<sup>385</sup>, decidiu incidentalmente pela sua aplicabilidade.

Num outro acórdão<sup>386</sup>, mais recente, entendeu a nossa mais alta Corte que a matéria cuida de ofensa indireta à Constituição Federal e, portanto, deve ser decidida à luz da legislação infraconstitucional.

O Superior Tribunal de Justiça também já deu aplicação aos dispositivos em questão, em mais de uma oportunidade<sup>387</sup>, o que só vem a indicar que o afastamento da *coisa julgada inconstitucional* será inexoravelmente admitido pelos nossos Tribunais Superiores, nos termos dos sobreditos dispositivos legais.

Com esta feição, a coisa julgada se distancia um pouco da idéia anteriormente defendida por Ada Pellegrini Grinover<sup>388</sup>, de que a *res iudicata não tem como função, ou finalidade, a lógica das decisões jurídicas*, não visa evitar contradições lógicas e sim *evitar as contradições práticas: a cada pessoa, uma sentença imutável para obedecer*.

---

<sup>384</sup> *Manual de direito processual civil*, p. 252.

<sup>385</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553.669/SP; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 481.990/SP.

<sup>386</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 554.008/MG.

<sup>387</sup> Recurso Especial 908.091/SP; Recurso Especial 837.570/RS.

<sup>388</sup> *O processo em evolução*, p. 147.

Diante da nova sistemática, a coisa julgada, no direito brasileiro, passa a buscar também evitar contradições dentro do ordenamento jurídico, fazendo com que, na medida do possível, seja mantida uma lógica interna, através de decisões isonômicas para lides iguais.

Tais medidas legislativas vêm de encontro ao pensamento de autorizados processualistas nacionais<sup>389</sup> que defendem, em seus estudos, a *relativização* ou *desmistificação* da coisa julgada, sob a premissa fundamental de que o direito não se resume à lei, contando também com outros padrões de conduta e decisão, como a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do direito.

Com base neste “repertório” jurídico, entendem possível que o valor da segurança jurídica dê lugar, de modo suave e paulatino, aos valores da justiça e efetividade, para não permitir a *estabilização de situações indesejáveis*, como, v.g., no caso em que a sentença esteja inquinada de vício capaz de torná-la juridicamente inexistente.

Estas circunstâncias denotam que não é simples a missão do processualista moderno, ao lidar com o instituto da *coisa julgada*, pois, este instituto encontra-se no epicentro dos movimentos doutrinários que tentam impor ao processo mais celeridade, coesão e justiça, obrigando-o a equilibrar-se constantemente no limbo existente entre a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais.

Feitas estas considerações sobre a definição e os fundamentos da coisa julgada, cumpre fazer ligeiras observações sobre os seus efeitos.

Servindo-se da lição de Celso Neves, Humberto Theodoro Jr.<sup>390</sup> frisa que a coisa julgada tem uma função negativa e outra positiva. A função negativa seria o exaurimento da ação, excluindo a possibilidade de sua renovação. Positiva seria a função de impor às partes obediência ao julgado e a obrigação da autoridade judiciária ajustar-se a ela nos pronunciamentos que a pressupõem.

Ponto de interesse em relação à coisa julgada diz respeito aos seus limites subjetivos e objetivos.

Carnelutti<sup>391</sup> era da opinião de que as questões não resolvidas no processo não eram atingidas pela coisa julgada. Todavia, ressaltava o caso das questões que constituíam *prius* lógico para a solução de outras. No seu dizer, *encontram-se implicitamente resolvidas todas as questões cuja solução seja logicamente necessária para à solução expressa na decisão.*

---

<sup>389</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, passim.

<sup>390</sup> *Curso de direito processual civil*, p. 608.

<sup>391</sup> *Sistema de direito processual civil*, p. 408.

Exemplifica com a resolução de um contrato, em que a sentença estaria afirmando implicitamente a sua validade.

Liebman<sup>392</sup>, contudo, discorda deste entendimento, afirmando que a coisa julgada tem limites objetivos, visto que só o *comando* pronunciado pelo juiz se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão. Tem ainda limites subjetivos, posto que a imutabilidade vale somente entre as partes, pois só elas puderam fazer ouvir e valer as razões no processo que se ultimou com o julgado.

O legislador pátrio preferiu a posição de Liebman e adotou limites subjetivos (art. 472 do CPC) e objetivos (art. 469, *idem*) para a coisa julgada, de modo que, na ordem processual civil brasileira, em regra, a coisa julgada produz efeitos apenas *inter partes* e não alcança a motivação ou a verdade dos fatos admitida na sentença, nem o julgamento das questões prejudiciais.

Conforme anota o art. 472 do Código de Processo Civil, a autoridade da coisa julgada atinge somente aqueles que integram a relação jurídica processual, portanto, produzindo efeitos *inter partes*.

Esta regra resolve com alguma tranqüilidade os limites subjetivos da coisa julgada nas ações que envolvem titulares singulares do direito ao ajuizamento de uma ação, mas não impede que surjam dúvidas quando haja *legitimidade concorrente disjuntiva*, como acontece na ação por improbidade administrativa, em que a titularidade da ação cabe ao Ministério Público e ao ente público prejudicado pela conduta desviante (*caput* do art. 17 da Lei 8.429/92).

O problema pode ser colocado nos seguintes termos: passada em julgado uma sentença proposta por um dos órgãos legitimados, a autoridade da coisa julgada se estenderá também aos demais, apesar de não terem participado da ação?

Mais do que isso: a solução seria sempre a mesma, fosse procedente ou improcedente o pedido; ou a autoridade da coisa julgada seria reconhecida *secundum eventum litis*?

Neste caso, segundo as palavras de Enrico Tullio Liebman<sup>393</sup>, *surge o problema das relações e da interferência recíproca entre as várias ações de impugnação pertencentes a cada sujeito*.

Discorrendo sobre a *pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato*, Liebman<sup>394</sup> conclui que os efeitos da impugnação podem variar conforme o resultado da

---

<sup>392</sup> *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 55.

<sup>393</sup> *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 230.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 229-237.

sentença (*secundum eventum litis*), repelindo a corrente que considera que a sentença pronunciada na ação proposta por um dos interessados *sempre* beneficia ou prejudica a todos os outros, tratando-se de ato uno e indivisível.

Para o citado processualista, a natureza do ato uno e indivisível não exclui a personalidade, a individualidade da legitimação de cada um a propor a impugnação, de modo que não se poderia falar de *recíproca substituição processual* entre estes sujeitos. Ainda que o direito seja um só e não possa subsistir ou decair senão na sua totalidade, as várias ações concorrentes permanecem diversas e distintas, cada qual íntegra e perfeita na sua autonomia.

Do contrário, haveria uma negação, na prática, daquela pluralidade de ações, cuja legitimação ficaria reduzida a uma simples faculdade de iniciativa, reservada à parte mais diligente na propositura da ação única e coletiva.

Assim, diz Liebman, cada ação pode ser proposta independentemente, mas, enquanto a procedência de uma delas extingue todas as outras, a sua rejeição não as prejudica. Neste caso, a extensão da sentença não decorreria de um alargamento da coisa julgada, mas dos *efeitos da sentença* aos outros legitimados.

Uma detida reflexão sobre o entendimento do eminente processualista fará ver que sua análise se acha exageradamente contaminada por raciocínio lógico-formal e individualista, em detrimento da funcionalidade do mecanismo judicial de solução de controvérsias.

Liebman não admite que a legitimidade concedida a um sujeito possa fenecer sem que ele a tenha exercido e sem o seu consentimento, pois entende ele que haveria conversão da legitimidade em simples *faculdade de iniciativa*.

Contra esse argumento pode ser observado que a legitimidade não deixa de ser, mesmo, uma simples faculdade, uma *facultas agendi*, em que o seu titular pode ou não exercê-la. Bem possível, até, que nunca venha a fazer isso. Nem por isso, deixou de possuir a legitimidade.

Esse raciocínio vale até mesmo para as ações puramente individuais, em que o único titular da legitimidade pode optar por nunca vir a exercer a faculdade que a lei lhe oferece. Mesmo assim, não deixou de possuí-la. Este argumento, portanto, não se mostra convincente.

Afigura-se que o foco da questão deva ser deslocado da legitimidade para o *interesse de agir*, tendo-se em conta, muito mais do que qualquer outro fator, o *interesse da sociedade* na solução das questões que envolvam interesses difusos ou coletivos.

Parece faltar no raciocínio de Liebman a consciência desta dimensão social do uso do processo, no tocante a causas que envolvem interesses difusos ou coletivos, em que não

servem os paradigmas tradicionalmente empregados na solução das lides de caráter individual.

A tutela dos interesses supra-individuais segue parâmetros próprios, que permitam um mínimo de funcionalidade e estabilidade ao sistema jurídico. Não é por outra razão que para este tipo de litígio normalmente não é conferida a legitimidade a indivíduos, mas a instituições, como ocorre na ação civil pública e na própria ação por improbidade administrativa.

Mais importante do que o exercício da legitimidade por todas as instituições é o fato de que várias são as que podem fazê-lo. Basta, no entanto, que uma a exerça para impedir que as demais o façam, ao menos depois que a sentença atingir o plano da coisa julgada.

Com efeito, da mesma maneira que os indivíduos, em relação aos interesses que lhes são próprios, não podem eternizar as impugnações contra as decisões judiciais, também os interesses de caráter coletivo ou difuso não podem ser reavivados a todo o tempo, gerando inseguranças e incertezas sobre as relações jurídicas dessa natureza, tão-somente porque uma das instituições legitimadas não ficou satisfeita com o resultado da ação movida por sua congênere.

A se permitir tantas impugnações diferentes quantos forem os órgãos legitimados, na tutela dos interesses de caráter difuso ou coletivo, tanto maiores serão as aflições e preocupações geradas pela instabilidade de novos questionamentos à sentença que já havia decidido definitivamente sobre os mesmos interesses, pois as implicações normalmente são muitas e seus efeitos sociais bastante amplos.

Portanto, a lógica das ações desta natureza não pode ser a mesma dos interesses eminentemente individuais, sob pena de inviabilizar ou sobrecarregar excessiva dos mecanismos de solução de demandas supra-individuais, criados justamente para que este tipo de litígio não fique sem nenhuma solução.

Neste sentido a lição de Donaldo Armelin<sup>395</sup>, segundo o qual a existência de co-legitimados para ajuizar uma ação faz emergir uma categoria especial de legitimidade, a *legitimidade concorrente e disjuntiva*, como na ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85), em que qualquer um dos legitimados pode, isoladamente, independentemente da formação de litisconsórcio, ajuizar a ação.

Assinala o mencionado autor, com muita propriedade, que se a eficácia da coisa julgada não atingir os demais co-legitimados para a ação, o réu será compelido a litigar com

---

<sup>395</sup> *Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política*, p. 120-122.

cada um deles sucessivamente, até que venha a se concretizar a prescrição da ação, o que talvez nem ocorra, diante da possibilidade dos demais co-legitimados serem favorecidos com a interrupção da prescrição decorrente do ajuizamento da ação anterior.

Sublinha Armelin, com razão, que esta situação do réu seria iníqua, pois, embora vitorioso na primeira ação, teria que pacientar outras ações com o mesmo pedido e causa de pedir. Além disso, o Poder Judiciário ficaria sobrecarregado com uma multiplicidade de demandas.

Indo ao âmago da questão, Armelin anota que, nas ações coletivas, em que pese o objetivo atual de proporcionar efetividade ao processo, não se pode colocar o posicionamento do réu em posição subalterna, sujeitando-o a inúmeras ações desta natureza, somente porque o seu autor será outro legitimado, que não o vencido na ação anterior, cujo resultado restou coberto pela imutabilidade da coisa julgada material. Se isso for permitido, processualmente o réu será esmagado pelo peso do custo de sua defesa, que não será recuperado mesmo quando for o vencedor da causa.

Em face dessas considerações, não será possível que um órgão legitimado ajuíze ação por improbidade administrativa com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir de ação que já foi movida por outro órgão com a mesma legitimidade e sobre o qual já haja sentença com autoridade de coisa julgada, independentemente do seu resultado.

Por esse caminho trilham o art. 18 da Lei 4.717/65 (Ação Popular), o art. 16 da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) e o art. 103, incisos I e II, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Em todos estes casos, o legislador optou por conferir efeitos *erga omnes* à coisa julgada, de forma a impedir que outros órgãos ou pessoas com a mesma legitimidade possam reabrir em juízo a discussão sobre o bem jurídico que foi levado a julgamento.

A única exceção será no caso de improcedência da sentença por ausência ou deficiência de provas, hipótese em que se permitirá nova ação com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, pelo mesmo ou por outro autor.

Sobre este tema, também se mostra oportuna a lição de Ada Pellegrini Grinover<sup>396</sup>, de que o direito processual está passando por uma profunda revisão, sobretudo em relação ao dogma dos limites subjetivos da coisa julgada, na medida em que surgem interesses de natureza indivisível, interesses que não podem ser desdobrados em dois ou mais direitos subjetivos clássicos titularizados nas mãos de uma determinada pessoa.

---

<sup>396</sup> *O processo em evolução*, p. 147.

Uma vez que os fundamentos e os pressupostos são os mesmos para a ação por improbidade administrativa, a autoridade da coisa julgada impõe-se do mesmo modo que naquelas ações, ainda que a Lei 8.429/92 seja omissa quanto a isso.

Frente a estas premissas, parece fora de dúvida que faz coisa julgada *erga omnes* a sentença que julga improcedente o pedido, sob o fundamento de não ter havido improbidade administrativa na conduta do agente público.

Declarada a inexistência de improbidade, o trânsito em julgado da sentença impedirá que o mesmo ou outro autor legitimado venha a juízo para tentar impor ao agente público sanção sob aquele fundamento, salvo se outros forem os fatos (causa de pedir) da nova ação.

Neste sentido o magistério de José Antonio Lisboa Neiva<sup>397</sup>, para quem o entendimento judicial de que inexistiu improbidade administrativa ou fundamento para o ressarcimento ao erário impedirá qualquer outra ação envolvendo o mesmo fato.

Questão de alta relevância é a ocorrência ou não de julgamento implícito em relação a sanções não aplicadas na sentença condenatória por improbidade administrativa.

Sabe-se que os incisos do art. 12 da Lei 8.429/92 prevêem várias sanções diferentes para o ato de improbidade como a perda de cargo ou mandato, o ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público, a perda de bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio, a multa civil e restrições a créditos oficiais ou benefícios fiscais.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já esposou o entendimento de não ser obrigatória a aplicação cumulativa de todas essas sanções, devendo o juiz decidir quais aplicar e a respectiva dosimetria, segundo as circunstâncias do caso concreto<sup>398</sup>.

Este entendimento veio a ser positivado no texto da Lei 8.429/92, por efeito da Lei 12.120, de 15 de dezembro de 2009, que incluiu a previsão, no *caput* do art. 12, de que as sanções ali previstas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

Resta claro, portanto, que a condenação por ato de improbidade não ensejará a cumulação obrigatória de todas as sanções legais, mas somente daquelas que o juiz entender proporcionais e razoáveis à conduta desviante, respeitando rigorosamente o *princípio da inércia judicial* e impondo somente aquelas pretensões expressamente deduzidas na petição inicial, conforme rezam os art. 2º, 128, 262 e 460 do Código de Processo Civil.

---

<sup>397</sup> *Improbidade administrativa*, p. 123.

<sup>398</sup> Recurso Especial 1.069.435/RS; Recurso Especial 626.204/RS.

Havendo essa discricionariedade judicial na imposição das sanções e a correspondente faculdade do autor da ação de postular na petição inicial as reprimendas que entende ajustadas ao caso, poderá acontecer de algumas das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade não serem aplicadas ao condenado por ato de improbidade.

Esta exclusão de sanções poderia se dar, basicamente, em três situações distintas: a) quando a sanção deixou de ser requerida na petição inicial; b) quando a sanção foi requerida na inicial, mas foi negada expressamente pela sentença; c) quando a sanção foi requerida, mas a sentença se omitiu quanto a ela, em caracterização de julgamento *citra petita*.

A indagação que surge, nestas hipóteses, é sobre a possibilidade da postulação das sanções não abrangidas pela sentença, em outras ações ajuizadas pelo mesmo ou por outro autor.

Cabe perscrutar da aplicabilidade, em tais quadrantes, da teoria dos *judgamentos implícitos* de Carnelutti, de forma a considerar resolvidas também sanções que eventualmente não chegaram a ser aplicadas na sentença? Ou estariam estas questões amplamente abertas a novos julgamentos?

Cabe lembrar que, para Carnelutti<sup>399</sup>, a decisão é a *resolução das questões do litígio* e que a quantidade de questões do litígio pode ser diversa e que nem sempre se deduzem no processo todas as questões. No entanto, sustenta que quando a lei diz que a autoridade da coisa julgada intervirá somente com respeito ao que tenha sido matéria da sentença, está a cuidar mais de um limite *lógico* do que *jurídico* da coisa julgada.

Por esta razão, diz o renomado processualista que a autoridade da coisa julgada não se restringirá às questões expressamente resolvidas na sentença, mas alcançará também aquelas subentendidas, em relação às quais não haveria necessidade de julgamento expresso, por constituírem um *prius* lógico para a questão que restou explicitamente resolvida.

Já vimos alhures<sup>392</sup> que o Código de Processo Civil brasileiro, seguindo a doutrina de Liebman, recusou esta teoria dos julgamentos implícitos, ao estabelecer os limites objetivos da coisa julgada no seu art. 469, de modo que são atingidos pela autoridade da *res iudicata* apenas os comandos expressamente emanados da sentença judicial, sem abarcar qualquer outra questão que implicitamente poderia estar resolvida.

A confirmar este entendimento está o art. 293 do Código de Processo Civil, segundo o qual os pedidos *são interpretados restritivamente*, ou seja, devem ser conhecidos apenas e tão-somente os pedidos expressamente deduzidos na petição inicial, ressalvadas as exceções

---

<sup>399</sup> *Sistema de direito processual civil*, p. 407-408.

legais. *A fortiori*, a autoridade da coisa julgada somente recairá sobre as questões expressamente resolvidas na sentença.

Ultrapassada esta questão teórica, cumpre analisar a possibilidade do conhecimento, em nova ação, das três hipóteses previamente levantadas de exclusão de sanções da sentença condenatória por improbidade.

No caso da sanção não ter sido requerida na petição inicial, é fora de dúvida que poderá ser postulada em nova ação, visto que não foi objeto de julgamento e sequer discutida na ação, dada a falta da sua postulação, de modo que jamais poderá se antepor a este pleito a alegação de ofensa à coisa julgada.

Seria o caso, por exemplo, de se pleitear a imposição de multa civil ao agente público já definitivamente condenado por improbidade, mas somente à pena de ressarcimento dos prejuízos causados.

Indubitavelmente, o mesmo ou outro autor, desde que legalmente legitimado, poderia mover nova ação por improbidade para o fim de aplicar a sanção de multa civil, sequer cogitada na ação anterior.

É de bom alvitre esclarecer que a condenação anterior não implicará em nenhum efeito na ação póstuma, a não ser a autoridade da coisa julgada sobre o comando judicial lá emitido, de modo que poderá entrar novamente em discussão a própria existência da conduta ímproba, já que a *res iudicata* não atinge os *motivos* da decisão anterior (inciso I do art. 469) e nem a *verdade dos fatos* estabelecida como fundamento da sentença (inciso II, *idem*).

No tocante à hipótese de expressa rejeição pela sentença da sanção requerida na petição inicial, é insofismável que a matéria, tendo sido expressamente resolvida, estará submetida à autoridade da coisa julgada, de modo que não pode voltar a ser ventilada em outra ação por improbidade, seja ela movida pelo mesmo ou por outro autor legitimado.

Questão mais intrincada surge do julgamento *citra petita*, em que a sentença deixa de apreciar sanção deduzida na petição inicial da ação por improbidade, sem qualquer manifestação ulterior dos órgãos jurisdicionais, ainda na mesma relação jurídico-processual, sobre o ponto omitido.

Haveria rejeição implícita do pedido, em face da omissão do Poder Judiciário sobre a questão não resolvida? Ou, continuando ela sem solução, seria como se nunca tivesse sido requerida?

Rejeição implícita somente poderia existir à guisa de *consequência lógica* da inação do autor diante da omissão do juiz, visto que não suscitou nenhum incidente (embargos de declaração ou apelação) contra a omissão judicial. Poder-se-ia *deduzir* dessa inação uma

espécie de renúncia tácita ao pleito não resolvido expressamente, de forma a estender sobre ele os efeitos da coisa julgada.

Todavia, se nosso direito adota a tese de Chiovenda<sup>373</sup> de que o fundamento da coisa julgada é a autoridade da sentença que, como vontade do Estado, *concede* ou *nega* a alguém um *bem da vida* no caso concreto, não há como admitir uma espécie de presunção da coisa julgada diante de questão posta em juízo pelo autor, mas negligenciada pelo juiz em sua sentença, visto que isso de modo algum equivale a conceder ou negar algo a qualquer das partes.

Em sendo assim, é perfeitamente viável que o pedido formulado pelo autor, e não apreciado na sentença, possa ser renovado em outra ação, desde que aquela primeira relação processual já tenha se encerrado, excluindo a possibilidade de litispendência entre as duas.

O magistério de Pontes de Miranda<sup>400</sup> oferece apoio a este entendimento, ao comentar enunciado de julgamento do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 20 de janeiro de 1950, segundo o qual o autor não poderia propor ações sucessivas para pedir, numa, os danos emergentes, noutra, os lucros cessantes, pois lhe caberia *exaurir na mesma ação as reclamações decorrentes da mesma relação jurídica*.

Ao discordar deste enunciado, Pontes de Miranda sustenta que ele levaria a ressuscitar a *consumptio* romana e que, ao contrário do entendimento do citado julgado, qualquer outro pedido é possível em outra relação jurídica processual, desde que não se choque com a declaração judicial emitida na primeira delas.

#### 11.4 Execução da sentença

No que tange à fase de execução, tratando-se de *cumprimento de sentença* que condenou o réu a pagar quantia certa, deve ser observado o procedimento do art. 475-I a 475-R, acrescidos ao Código de Processo Civil pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

Em tal hipótese, a defesa do devedor deve ser feita através de *impugnação*, no prazo de quinze dias (§ 1º do art. 475-J e art. 475-L e 475-M), a qual, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 475-M).

Cumprir ressaltar que este procedimento será adotado somente no caso de execução por quantia certa, após a imprescindível liquidação da sentença. Será cabível, portanto,

---

<sup>400</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 123.

quando a sentença condenar o réu a ressarcir o ente público pelos danos causados pelo ato de improbidade, conforme previsão do art. 5º e dos incisos I, II e III do art. 12 da Lei 8.429/92.

Pode ocorrer, entretanto, em face do enriquecimento ilícito proporcionado pelo ato ímprobo, que a sentença condene o réu à perda de bens em favor da Fazenda Pública, como mandam o art. 6º e os incisos I e II do art. 12.

Nesta hipótese, caberá a execução para *entrega de coisa certa ou incerta* ao Poder Público, com a adoção do procedimento executivo dos art. 621 a 631 do CPC.

Tanto na perda da função como na suspensão dos direitos políticos, não haverá lugar para procedimento executivo da sentença, salvo a execução denominada imprópria, que consistirá na comunicação do juiz aos órgãos públicos responsáveis pelas providências necessárias ao cumprimento da decisão.

No que tange ao cumprimento da interdição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, também não há oportunidade para procedimento de execução, bastando que o juiz faça as comunicações necessárias para que eventuais burlas à sua decisão cessem de existir, invalidando-se o contrato, interrompendo-se o benefício fiscal ou promovendo-se o vencimento antecipado da dívida para com as instituições oficiais, com todas as conseqüências que decorrerem destas providências.

Ao vencimento antecipado da dívida devem ser aplicadas as disposições dos art. 1.426 a 1.430 do Código Civil.

A condenação deverá ser comunicada ao Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativa (CNCIA), banco de dados criado pelo Conselho Nacional da Justiça, através da Resolução n. 44, parcialmente alterada Pela Resolução n. 50, de 25 de março de 2008.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com a finalidade precípua de discutir as razões do parcial fracasso da ação por improbidade administrativa, regulada pela Lei 8.429/92, no combate à corrupção no Brasil.

Um dos principais estímulos para esta investigação foi a impressão pessoal de que esta ação judicial continua sendo uma ilustre desconhecida de grande parte dos operadores do direito no Brasil, inclusive de muitos que a manejam com frequência no cotidiano das lides forenses, provocando situações de banalização e amesquinamento.

Muitos são os ângulos pelos quais se pode analisar o papel institucional, a estrutura procedimental e a funcionalidade da apontada ação, restando o convencimento de que esta missão envolve, para além da investigação puramente dogmática, também algumas proposições políticas, epistemológicas e axiológicas.

O viés político se manifesta claramente na compreensão do fenômeno da corrupção, como premissa para o entendimento do alcance e da importância da ação por improbidade, diante do assumido fracasso da via política (impeachment da Lei 1.079/50 e do Decreto-Lei 201/67) e do controle penal do fenômeno da corrupção.

Segue-se, após esta compreensão dos aspectos sociológicos e políticos da corrupção, a necessidade de visão crítica (epistemológica) da ação por improbidade, quanto aos seus fundamentos, natureza e finalidade, que estarão diretamente relacionados com a abordagem e interpretação dos seus aspectos dogmáticos, sua missão constitucional e o seu papel institucional.

O ângulo axiológico da investigação do problema se refletirá principalmente na postura do Poder Judiciário e do Ministério Público frente à ação da Lei 8.429/92, para reconhecê-la como instrumento importantíssimo no combate à corrupção, visto este como um valor fundamental para proteção da democracia e do ideal republicano no sistema constitucional brasileiro.

No que diz respeito à corrupção, não se pode continuar indiferente ao fato de que ela se transformou em preocupação mundial, na medida em que se percebeu que afeta muito mais do que o simples cabedal ético de um indivíduo ou de um grupo deles. Acima de tudo, é fator de corrosão dos regimes democráticos ocidentais, que se agrava ainda mais diante da sua progressiva conexão com o crime organizado.

Basta ficar atento às resoluções e aos documentos da ONU, da OEA, do Banco Mundial e da Transparência Internacional, entre outros, para se ter uma rápida percepção de que o combate à corrupção se tornou uma das prioridades da Comunidade Internacional, que depende em grande parte da adoção de medidas internas pelos diversos países, incluindo a efetividade da atuação do Poder Judiciário na punição dos agentes corruptos.

Há muito tempo o combate à corrupção deixou de ser apenas uma questão ética. Passou a ser uma questão de estado, de interesse público.

Combater a corrupção é atualmente um problema central da democracia brasileira e, portanto, do nosso sistema constitucional, de forma que todo e qualquer esforço hermenêutico deve estar direcionado para a abertura de caminhos que levem a isso e não em sentido contrário.

Daí porque soa conservadora e retrógrada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138, ao excluir qualquer possibilidade de punição dos agentes políticos segundo os ditames da Lei 8.429/92.

Contrariando a premissa científica de que o combate eficaz da corrupção deve contar com uma multiplicidade de instrumentos, nossa mais elevada Corte adotou interpretação absolutamente restritiva da nova lei, em prol do fracassado regime da Lei 1.079/50, quando esse rigor interpretativo não era necessário. Ganharam com isso os agentes políticos que não exercem adequadamente a sua função, pois, no que diz respeito a eles, os atos atentatórios à moralidade administrativa continuarão sem nenhum freio jurídico eficiente.

Por decorrência desta interpretação, a ação por improbidade ficou restrita aos pequenos desvios administrativos, como demonstra a práxis forense, alcançando somente condutas de menor repercussão, salvo desvios de ex-agentes políticos que já não contam mais com o foro privilegiado.

Estamos convictos que a Lei 8.429/92 não atingirá maior eficácia enquanto o STF não modificar o entendimento exageradamente restritivo da Reclamação 2.138, para permitir sua aplicação a qualquer agente político, salvo no tocante às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, quando houver reserva de competência da Constituição Federal de 1988.

Já está mais que patente a ineficácia da punição pela via do *impeachment* (Lei 1.079), sempre a depender da confluência de fatores políticos favoráveis, de ocorrência muito improvável, dada a frágil estrutura do nosso sistema partidário, que historicamente tem se revelado permeável às composições oportunistas e casuísticas, de acordo com os interesses

dominantes, quase nunca coincidentes com as expectativas sociais de efetiva punição dos atos desonestos.

Igualmente insuficiente tem sido a punição dos atos ímprobos pela via criminal, diante de um sobrecarregado sistema penal, que não apenas induz ao enfraquecimento das provas, como freqüentemente desemboca na prescrição da pretensão punitiva, tornando este sistema muito vulnerável aos artifícios protelatórios habilmente utilizados pelos defensores dos acusados, sob os auspícios da legislação processual penal.

Não bastasse isso, as dificuldades são agravadas pela demasiada concentração de competência para o julgamento da classe política nos tribunais superiores, notoriamente sem estrutura para atender à demanda desta natureza de ações, conforme demonstram dados estatísticos divulgados pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

O foro privilegiado, em si, já se tornou anacrônico. Não é adotado em muitos países de grande tradição jurídica, como Estados Unidos e Alemanha. É adotado de forma muito parcimoniosa em outros, como Itália e Portugal. Entre nós, é um instituto que tem mais afinidade com a divisão de classes da Constituição Imperial de 1824 do que com a Constituição Republicana de 1988, em que, teoricamente, deveria prevalecer o princípio da igualdade, salvo em situações muito excepcionais, como a do Presidente da República.

Este instituto certamente precisa passar por uma revisão em nosso ordenamento constitucional. Quando menos, não deve ser expandido pela hermenêutica judicial para casos em que a Constituição não o prevê expressamente, como é caso da ação por improbidade, que hoje sofre severa restrição em face da interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138.

Em síntese, não se pode estender à ação por improbidade os efeitos falimentares do julgamento por crime de responsabilidade e das ações penais comuns, o que está ao alcance dos nossos operadores do direito, bastando que se inteirem dos fundamentos, princípios e objetivos da Lei 8.429/92.

De outra parte, a eficácia da ação por improbidade também é bastante comprometida por defecções estruturais da Lei 8.429/92, marcadas por inconsistência sistemática, lacunas e deficiência de redação. Em certos momentos, tem-se a impressão de que a lei foi propositadamente elaborada de forma a não funcionar.

Com efeito, estas defecções acabam atuando como um real desestímulo à aplicação da ação por improbidade.

Não é admissível, por exemplo, que a Lei 8.429/92 não contenha nenhuma previsão sobre a competência material e territorial para a ação por improbidade, o que obriga os intérpretes a buscar a analogia com outras fontes normativas, como a Lei 4.717/65 e a Lei 7.347/85.

Ainda que a jurisprudência consiga estabelecer parâmetros de competência, fazendo uso da analogia, não há dúvida de que a ausência de normas claras sobre isso acaba causando incidentes e tumultos processuais, até que seja finalmente resolvido quem é o órgão competente para o julgamento da ação, comprometendo seriamente a celeridade e efetividade da ação.

A lei também se ressentia muito da ausência de regras sobre os institutos da conexão e continência, que não podem ser resolvidos pelas regras do processo comum, em razão da concorrência objetiva com outras ações (ação popular, ação civil pública e mesmo outras ações por improbidade) e da legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre a entidade interessada e o Ministério Público.

Em face desta peculiaridade, é necessário recorrer a fundamentos e princípios da tutela coletiva para resolver problemas de conexão e continência na ação por improbidade, assim como para determinar os efeitos da coisa julgada, o que ordinariamente não é observado no empirismo forense.

Outra grave lacuna está na ausência de qualquer regra quanto à aplicação, pela sentença, das sanções de perda da função e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios fiscais ou creditícios.

Embora previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, nada se diz quanto à forma de sua efetiva imposição pela sentença, abrindo um vácuo que o juiz terá grande dificuldade para superar, uma vez que não se encontram em outros diplomas legais normas que poderiam ser aplicadas por analogia.

Com isso, a aplicação destas sanções fica bastante prejudicada, diante das dúvidas sobre o termo inicial, o modo e a extensão dos efeitos da perda da função e da proibição de contratar com o Poder Público.

No tocante à prescrição, são exageradamente frugais as regras do art. 23 da Lei 8.429/92, que não disciplinam, por exemplo, a prescrição aplicável a terceiros que tenham concorrido com o ato ímprobo ou o tenham instigado.

Mesmo em relação aos ocupantes de função pública, as disposições prescricionais são variadas e confusas, distinguindo entre os ocupantes permanentes e transitórios destas funções, quando seria preferível, a nosso ver, instituir critério único para todos, sem depender,

inclusive, da averiguação do prazo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com a pena de demissão, como exige, atualmente, o inciso II do art. 23.

Ainda no tocante à prescrição, há a dificuldade adicional criada pelo § 5º do art. 37 da Constituição Federal, que a jurisprudência majoritária vem interpretando como regra de imprescritibilidade das ações de ressarcimento, quando, nos parece, não é isso o que pretende dizer o citado dispositivo constitucional.

No que diz respeito à funcionalidade da lei, parece-nos que, não obstante a nobreza de propósito, não foi de boa política a inclusão no art. 17 dos parágrafos 7º e 8º, pela Medida Provisória 2.225-45/2001, para estabelecer a necessidade de notificação do réu a apresentar defesa preliminar.

Tal medida, que certamente foi uma reação legislativa ao alto número de ações propostas de forma temerária, tende a provocar mais incidentes processuais, a par de criar sérias dúvidas sobre os eventuais efeitos citatórios da notificação, como defendem setores da doutrina.

Melhor seria que tal notificação e a respectiva defesa tivessem lugar ainda na fase de apuração, em processo administrativo interno do ente público ou no inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, diante de ato acusatório já formalizado pelo respectivo órgão, concedendo-se ao acusado prazo razoável para exercer amplamente a sua defesa.

Esta solução viria de encontro ao princípio de que a petição inicial da ação deve estar amparada em vigorosa prova ou sérios indícios da existência e autoria do ato de improbidade (§ 6º do art. 17, com a redação da Meda Provisória 2.225-45/2001), não bastando meras conjecturas ou suspeitas.

O texto legal faz denotar a importância do processo administrativo ou inquérito civil como procedimento preparatório da ação por improbidade, que somente em situações excepcionais, devidamente justificadas, poderá ser dispensado.

Portanto, não há inconveniente algum em oferecer ao acusado, ainda na fase administrativa, a oportunidade para defender-se, diante de convencimento já formado pelo órgão acusador, que poderá até mesmo mudar seu entendimento depois de apresentada a defesa.

Além de evitar percalços desnecessários na ação por improbidade, a defesa preliminar ainda na fase administrativa teria o benefício adicional de reduzir a quantidade de ações propostas de forma afoita e temerária.

Estes mencionados defeitos estruturais, entre outros, merecem a atenção dos operadores do direito e principalmente do legislador, caso se pretenda conferir maior efetividade à ação por improbidade.

Presumindo-se remotas as possibilidades de modificações legislativas, é outorgada à doutrina e à jurisprudência a tarefa hercúlea de superar as lacunas legais e deficiências encontradas no texto da Lei 8.429/92.

No momento, porém, a experiência observada não é animadora, posto que o Ministério Público e o Poder Judiciário ainda se ressentem de maior conhecimento e reflexão sobre a estrutura formal, os aspectos sócio-políticos e o sentido axiológico da ação por improbidade administrativa.

Pode-se afirmar que há algum exagero do Ministério Público no uso da ação por improbidade, tanto que, conforme estatística apresentada no item 6.4 deste trabalho, cerca de 40% das ações é julgada improcedente, quando chegam ao julgamento do mérito. Um alto percentual, diante da premissa de que a petição inicial deve vir acompanhada de provas ou de fortes indícios da ocorrência do ato de improbidade.

A impressão que fica é a de que existe mais preocupação com a quantidade de atos acusatórios do que com a qualidade da acusação, hipótese confirmada pela amostragem de alguns casos da nossa experiência forense.

Persistindo este padrão de atuação, a quantidade de ajuizamentos refletirá apenas o desejo de demonstrar poder pelo Ministério Público. Mas, como afirma Michel Foucault<sup>401</sup>, manifestação de força nem sempre equivale a uma obra de justiça.

Outro fator que contribui para reduzir a efetividade das ações por improbidade é a utilização da ação civil pública como veículo processual. Embora não haja incompatibilidade com a ação por improbidade, a ação civil pública não se amolda perfeitamente a ela, visto que há disparidades procedimentais entre ambas, como a notificação para apresentação de defesa preliminar na ação por improbidade, inexistente na ação civil pública. Além disso, é vedada a transação na ação por improbidade, o que não ocorre na ação civil pública.

A utilização da ação civil pública, neste caso, é desnecessária e não traz qualquer benefício. Servirá apenas para provocar confusões entre os ritos, certamente a comprometer a sua celeridade e efetividade.

---

<sup>401</sup> *Vigiar e punir*, p. 47.

Com efeito, a ação civil pública foi talhada para a defesa de genuínos direitos coletivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), o que não é o caso da ação por improbidade, a qual, a nosso ver, tem natureza coletiva mista, que se reflete nos institutos da conexão, da continência, da litispendência e da coisa julgada.

Entretanto, o objeto da ação por improbidade é perfeitamente divisível e seus titulares são perfeitamente identificados (Estado ou MP *versus* agente ímprobo), com o fim, principalmente, de aplicar as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Conseqüência disso é que não se aplica no âmbito da ação por improbidade a inversão dos ônus da prova, como pode ser feito nas tutelas coletivas típicas. A execução da sentença, outrossim, também é feita de forma individualizada, afastando-se, nesta parte, dos mecanismos da tutela coletiva.

Disso resulta que, a nosso ver, a ação por improbidade deve simplesmente seguir o rito da Lei 8.429/92, sem qualquer sincretismo com o rito da Lei 7.347/85.

O Poder Judiciário, por seu turno, deve dedicar mais importância e atenção às ações por improbidade, o que provavelmente vai exigir estrutura específica para isso, com a criação de varas especializadas e investimento no aprimoramento dos magistrados que as ocuparem.

Não se pode continuar convivendo com a lentidão e baixos resultados em ações desta natureza, dada a sua importância para moralização da coisa pública e a preservação da democracia e do ideal republicano.

É inconcebível, conforme anotado no item 10.7 deste trabalho, que das 572 ações civis públicas intentadas de 1992 a 2003 pela Promotoria da Cidadania da Capital de São Paulo, envolvendo a moralidade administrativa, menos de dez haviam transitado em julgado até 2007.

Trata-se de fenômeno comum nos diversos ramos do Poder Judiciário, que certamente não pode persistir.

O que se pode concluir, ao final deste trabalho, é que a ação por improbidade ainda está longe de atingir o ponto que seria desejável, em termos de celeridade e eficácia, pois os obstáculos são muitos e não serão resolvidos da noite para o dia.

A evolução neste tema depende em grande parte da boa vontade do legislador e da revisão de alguns dogmas pelos atores judiciais, como o do foro privilegiado, além de exigir deles maior consciência crítica sobre o problema da corrupção.

De qualquer modo, fica a certeza de que a ação por improbidade continua sendo a grande esperança de punição efetiva dos atos ímprobos, porque foi concebida sem as

idiosincrasias do controle político e sem os embaraços e dificuldades encontrados no processo penal, que tornam bastante improvável a aplicação de pena por crimes relacionados à improbidade.

Aos operadores do direito resta procurar fazer o melhor, dentro das balizas demarcadas pela Constituição Federal e pela Lei 8.429/92.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-92.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 58, n. 193, jan./março 1961, p. 30-49.

ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. *Sistema político*. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 363/371.

ANDRADE, Marcelo Santiago de Pádua. *Revelia nas ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa*. In: Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, set. 2008, p. 321-341.

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Da plena compatibilidade da aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos*. In: Revista de Informação Legislativa. Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, Brasília, ano 45, n. 177, jan./março 2008, p. 67-74.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 07-24.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. II: arts. 154-269. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARANTES, Rogério B. *Ministério Público na fronteira entre a justiça e a política*. In: Revista Justitia, São Paulo, ano 64, v. 197, 2007, 2º semestre, p. 325-335.

ARISTÓTELES. *Tópicos; Dos argumentos sofisticos*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Coleção Os pensadores)

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. *Realização e execução das tutelas antecipadas*. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo (Coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 505-521.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113-124.

ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Juízes contra a corrupção: diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB*. Disponível em <<http://www.amb.com.br/?secao=pesquisas>>.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade*. 1. ed. (2004), 5. tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. Revista e atualizada a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA FILHO, Rubem. *Judiciário*. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 535-541.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIASON, Rita de Cássia Aparecida. *Corrupção e relações internacionais*. In: DALARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Relações internacionais: múltiplas dimensões*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 149-168.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. Vol. I e II. São Paulo: Classic Book, 2000. (Título original: *Sistema di diritto processuale civile*)

CARRASCO, Fernando Arrau. *Control de la corrupción en el derecho comparado: Argentina, España, Francia y México*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Serie Estudios de Anticipación/CEA/BCN. Año II. N. 16. Feb. 2003.

CARVALHO, Rosimayre Gonçalves de. *A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos*. In: Direito Federal. Revista da AJUFE. Associação dos juizes federais do Brasil, ano 23, n. 87, 1º trimestre 2007, p. 251-276.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I e II. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. (Título original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*)

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COPOLA, Gina. *O que é ato de improbidade administrativa? (a indefinição da Lei n. 8.429/92, art. 1º)*. In: Fórum Administrativo: direito público, Belo Horizonte, ano 8, n. 85, mar. 2008, p. 60-64.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

DAL POZZO, Antônio Aroldo Ferraz. *Reflexões sobre a “defesa antecipada” na Lei de Improbidade Administrativa*. In: Forum Administrativo, ano 2, n. 19, set. 2002, p. 1.142-1.149.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Inquérito civil e ônus da prova na ação de improbidade administrativa*. In: Revista de Direitos Difusos, ano 7, n. 37, maio/jun. 2006, p. 85-102.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Conexão entre ações populares e entre ação popular e ações coletivas correlatas*. In: Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, Publicação de Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda, n. 71, fev. 2009, p. 105-117.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol. 2. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. (Grandes nomes do pensamento brasileiro)

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59-71.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Corrupção administrativa*. In: Revista Forense, vol. 375, ano 100, setembro-outubro 2004, p. 75-80.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade*. In: Revista de informação legislativa, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 42, n. 165, jan./mar. de 2005, p. 33-38.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1984. (Título original: Surveiller et punir)

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*, 2. Rio de Janeiro: / Ed. Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 139-145.

\_\_\_\_\_. *Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição*. In: Revista Interesse Público, Ano 7, n. 33, set./out. 2005, Porto Alegre: Notadez, p. 55-92.

\_\_\_\_\_. *Direito processual coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.) *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *A sucumbência do Ministério Público nas ações civis públicas, em especial nas de improbidade administrativa*. In: Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 121, ano 30, mar. 2005, p. 181-201.

HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Editora Renovar, volume 236, abr./jun. 2004, p. 121-128.

IDE, Pascal. *A arte de pensar*. Tradução de Paulo Neves; Revisão da tradução Marina Appenzeller. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Ferramentas) (Título original: L'art de penser: guide pratique)

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, volume 1: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valero Rohden e Udo Baldur Moosburger. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Coleção Os pensadores)

LAURIE, Frédéric. *Le faute disciplinaire dans la fonction publique: contribution à l'étude de l'appréciation des fautes commises par les fonctionnaires*. Tome I. Aix-En-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro; Ed. Forense, 1984.

LIMA, Maria Madeleine Hutyra de Paula. *A corrupção: importante obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: Revista de Direitos Difusos, Editora Esplanada-ADCOAS, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública-IBAP, vol. 10, dez. 2001, s/l, p. 1297-1332.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas: conexão, continência e litispendência*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.) *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 184-199.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. (Título original: *The federalist papers*.)

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. III. 2ª parte. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS, José Antônio. *Corrupção*. São Paulo: Globo, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Do excessivo caráter aberto da lei de improbidade administrativa*. In: Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, v. 6, n. 29, jan./fev. 2005, p. 139-143.

\_\_\_\_\_. *Do instituto da prescrição como fator impeditivo à instauração do inquérito civil público e do posterior ajuizamento da ação de improbidade administrativa*. In: Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, p. 30-51.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *O ônus da prova na ação de improbidade administrativa*. In: Revista dos Tribunais, ano 97, vol. 867, jan. 2008, p. 70-79.

MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 220 do CP*. 24 ed. rev. e atual. até 31 dez. 2006. 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade*. In: Revista dos Tribunais, ano 96, volume 857, mar. 2007, p. 478-511.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V; art. 444 a 475. 3. ed. Revista e aumentada. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MONDIN, Battista. *Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras*. Tradução de J. Renardo. Revisão técnica de Danilo Morales. Revisão literária de Luiz Antônio Miranda. São Paulo: Edições Paulinas, 1980. (Título original: *Introduzione alla filosofia. Problemi, sistemi, autori, opere*)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*: legislação comentada artigo por artigo – doutrina, legislação e jurisprudência. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Série Temas fundamentais de direito)

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *Foro privilegiado no Brasil*: análise dos 20 anos da Constituição. In: Revista do Advogado. Ano XXVIII, n. 96, mar. 2008, p. 108-136.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PELEGRINI, Márcia. *Lei de Improbidade Administrativa*: extensão territorial dos efeitos da pena de proibição de contratar com o Poder Público. In: Boletim de Direito Administrativo, ano 25, n. 6, jun. 2009, p. 670-683.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. *Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei n. 8.429/92*. In: Revista da AGU. Escola da Advocacia-Geral da União, n. 12, abr. 2007, p. 11-20.

PERUZZOTTI, Enrique. *Accountability*. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 477-483.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)>.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*: colônia. 3. reimpr. da 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. 1. ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003. (Coleção Biblioteca de Direito Internacional, v. 1)

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROLIM, Luciano. *Limites constitucionais intangíveis ao foro privilegiado*. In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 14, jan./mar. 2005, p. 111-146.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. 1. ed. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.) *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39-73.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *A ação civil pública por ato de improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/civilpublica.htm>>.

SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de direito processual civil: vol. 1: processo de conhecimento*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do direito processual civil*, volume 1. Por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. *O prazo de prescrição das ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade que causem dano ao erário*. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Editora NDJ, ano XXII, n. 1, jan. 2006, p. 68-75.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção, crime organizado e democracia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), n. 36, ano 09, out./dez. de 2001, p. 401-409.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *A citação nas ações de improbidade administrativa*. In: Genesis: Revista de Direito Processual Civil, v. 10, n. 35, jan./mar. 2005, p. 110-119.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução e notas de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987. (597 p) (Biblioteca Cultura Humanista, 4) (Título original: De la démocratie em Amérique)

TUCCI, Rogério Lauria. *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário*. In: Revista Forense, volume 365, ano 99, jan./fev. 2003, p. 143-166.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN, set. 1999.

VIGOUROUX, Christian. *Déontologie des fonctions publiques*. Paris: Praxis Dalloz, 2006.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A ação por improbidade administrativa*. Disponível em <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti\\_arnold\\_rodrigo.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf)>.

WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. In: Revista de Processo, Editora Revista dos Tribunais, ano 27, n. 107, jul./set. 2002, p. 253-257.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/02; Lei 10.348/2001 e Lei 10.352/2001*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia Medina. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ação civil pública, ação de improbidade administrativa, ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário, conseqüências, forma de impugnação*. In: Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, set. 2006, p. 223-256.

WEICHERT, Marlon Alberto. *A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006, p. 57-73.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed. 2. tir., rev. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Momento de eficácia da sentença que aplica a penalidade de proibição de contratar com o Poder Público: art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa*. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 70, jan. 2009, p. 20-30.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 251-262.