ISSN 0100-1981

Revista de
PROCESSO

Ano 34 • n. 178 • dez. / 2009

*Diretor*
**ARRUDA ALVIM**

*Coordenadora*
**TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER**

© edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

*Diretor responsável*
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
*e-mail* de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br
**editorial.revista@rt.com.br**

*Diagramação eletrônica:* Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
*Impressão e acabamento:* Prol Editora Gráfica Ltda. CNPJ 52.007.010/0001-52

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

# SUMÁRIO

## I. DOUTRINA NACIONAL

1. O mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009
   ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ..... 9
2. O modelo oral de processo no século XXI
   PETRÔNIO CALMON ..... 47
3. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa
   HEITOR VITOR MENDONÇA SICA ..... 76

## II. DOUTRINA INTERNACIONAL

1. Identifying fundamental principles of civil justice
   NEIL ANDREWS ..... 107

## III. DIREITO COMPARADO

1. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro
   FILIPE GUIMARÃES ..... 123

## IV. ATUALIDADES NACIONAIS

1. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*
   LUCIANO BENETTI TIMM E MANOEL GUSTAVO NEUBARTH TRINDADE ..... 153

# 3
# Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA

Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela USP. Membro do IBDP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil-Processo Civil

RESUMO: O presente artigo trata de problemas atinentes ao pedido na ação de improbidade administrativa, especialmente no tocante à dosimetria das sanções (na petição inicial e na sentença), à luz da regra da congruência. Além disso, este artigo analisa a cumulabilidade do pedido de invalidação do ato ímprobo e os seus reflexos na estrutura da relação jurídica processual.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa – Pedido – Regra da congruência – Nulidade – Litisconsórcio.

RIASSUNTO: Il presente saggio si occupa dei problemi concernenti al petitum nella azione di improbità amministrativa, specialmente con rispetto alla fissazione delle sanzioni (nella domanda iniziale e nella sentenza), alla luce della regola della congruenza. Inoltre, l'articolo analizza la cumulabilità del petitum di invalidazione dell'atto di improbità e le riflessi nella struttura del rapporto giudirico processuale.

PAROLE CHIAVI: Improbità amministrativa – Petitum – Regola della congruenza – Nullità – Litisconsorzio.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Dosimetria das sanções na demanda inicial e na sentença, à luz da regra da congruência – 2. Pedido de decretação de nulidade dos atos ímprobos – 3. Cumulação de pedido de decretação de nulidade dos atos ímprobos e composição subjetiva do processo.



## INTRODUÇÃO

Mesmo passados mais de 17 anos de vigência da Lei 8.429/1992, ainda subsistem diversas dúvidas e questionamentos concernentes à chamada "ação de improbidade administrativa",[1] as quais ainda não foram satisfatoriamente respondidas pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência. Dentre essas divergências, parece-nos que as mais numerosas e perniciosas são aquelas concernentes ao *pedido*.

A ação de improbidade administrativa tem por objetivo precípuo a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992. É nisso que consiste o núcleo do pedido das demandas que têm base nesse diploma legal, ainda que excepcionalmente seja possível cumulá-lo com outros pleitos, como adiante se verá.

Referido dispositivo traz três incisos, cada qual disciplinando as sanções cabíveis a cada uma das "classes" de atos ímprobos: o inc. I prescreve as sanções para as hipóteses de improbidade tipificadas no art. 9.º (atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público); o inc. II disciplina as penas para os casos de improbidade arrolados no art. 10 (atos que acarretam lesão ao erário) e, finalmente, o inc. III estipula as penalidades para os casos de improbidade listados pelo art. 11 do mesmo diploma legal (atos que importam em violação aos princípios da Administração Pública).

1. O fato de nosso ordenamento denominar diversos procedimentos especiais como "ações", seja no Código de Processo Civil (Livro IV), seja na legislação extravagante (como a Lei 8.429/1992, aqui em foco) é reminiscência histórica de um período, já superado, em que a ação era reputada remédio típico, taxativa e especialmente criado pela lei, para proteger determinado direito subjetivo. Essa idéia constituía base da teoria civilista (ou imanentista) do direito de ação, que não discernia o direito subjetivo material do direito de seu titular socorrer-se do Judiciário em caso de lesão (o que influenciou, por exemplo, o art. 75 do CC/1916 ("A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura"). Ainda assim, as denominações atribuídas a determinados procedimentos especiais como "ações" estão consagradas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, facilitando o manejo dos institutos, razão pela qual não nos furtaremos de usar a expressão "ação de improbidade administrativa", ainda que com essa devida ressalva de ordem terminológica, louvando-nos da advertência de Cândido Rangel Dinamarco de que: "enquanto o desvio é meramente terminológico, não há nada a temer" (*Das ações típicas. Fundamentos do processo civil moderno.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. I, p. 352).

Essas sanções (com uma ou outra variação entre os três incisos do art. 12 da lei) são: *a)* a devolução de valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público; *b)* o ressarcimento do dano ao erário; *c)* multa civil; *d)* suspensão de direitos políticos; e, por fim, *e)* perda de função pública e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A maioria dos estudiosos reconhece que tais sanções têm caráter *civil*;[2] outros destacam também que as penas teriam ainda um caráter *político*,[3] havendo unanimidade em rejeitar que essas sanções tenham caráter *administrativo* ou *penal*, o que autoriza sejam impostas independentemente da punição nessas duas diversas esferas,[4] conforme

2. Confira-se, à guisa de exemplo, Zavascki, Teori Albino (*Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 109).

3. Cf. e.g., Di Pietro, Maria Sylvia Zanella (*Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 665). A despeito da autoridade de tal ensinamento, não se pode negar a cumulabilidade da pena civil prevista na lei de improbidade administrativa, com pena *puramente política*, consistente, por exemplo, na cassação do mandato eletivo de Prefeito pela Câmara de Vereadores em razão de infração político-administrativa, a teor do art. 4.º do Dec.-lei 201/1967 (assim entende, Fazzo Jr., Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos – de acordo com a lei de responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 253). De toda sorte, é de se registrar grande inquietação da doutrina acerca da possibilidade ou não de a ação de improbidade administrativa ser meio legítimo para impor a perda de função pública ao Presidente da República, Deputados Federais, Senadores e Deputados Estaduais, face a dispositivos constitucionais (arts. 85, 55 e 27, § 1.º, respectivamente) que, segundo alguns, limitam de modo taxativo as hipóteses de perda de mandato desses agentes políticos. Talvez a solução intermediária seja excluir do âmbito da ação de improbidade essa particular sanção, mantendo as demais, em especial a perda de direitos políticos, cujo art. 15, V, da CF/1988 autoriza seja imposta em decorrência de ato de improbidade administrativa.

4. Assentando a cumulabilidade das sanções de cunho penal, administrativo e civil (pela lei de improbidade administrativa, confira-se, por todos, Figueiredo, Marcelo (*Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114), o qual ressalva a hipótese em que a aplicação da pena em uma esfera pode eventualmente tornar *desnecessária* a aplicação da pena em outra (v.g., a perda de função pública, aplicada ao servidor no âmbito



afirmado pelo *caput* do art. 12 da Lei 8.429/1992[5] e pelo art. 37, § 4.º, da CF/1988.[6] Essa recíproca independência entre as esferas não apenas autoriza a cumulação das penas, como ainda implica que a absolvição numa esfera não impeça o prosseguimento do processo sancionatório perante outra.[7]

## 1. Dosimetria das sanções na demanda inicial e na sentença, à luz da regra da congruência

Estabelecidas as premissas do item anterior, o primeiro aspecto do problema posto concerne à *dosagem das penas* previstas na lei de improbidade administrativa, tanto pela petição inicial como pela sentença.

Como se viu, as penas civis estipuladas pela Lei 8.429/1992 para os atos de improbidade administrativa têm naturezas distintas, e cada qual possui sua respectiva gradação. A suspensão de direitos políticos deverá variar de 8 a 10 anos, para os atos de improbidade previstos no art. 9.º

do processo administrativo disciplinar, torna inócuo o pedido da mesma providência no bojo da ação de improbidade administrativa). A 3.ª Seção do STJ assentou a cumulabilidade da pena prevista pela lei de improbidade administrativa e aquela fixada em processo disciplinar, nos autos do MS 7330/DF, rel. o Min. Quaglia Barbosa, de cuja ementa se extrai o seguinte trecho: "a Administração Pública, ao aplicar reprimenda de cassação de aposentadoria, com fulcro no inc. IV do art. 132 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis ('improbidade administrativa'), exerce poder disciplinar, próprio seu, dentro do âmbito estritamente administrativo, não excedendo sua competência, nem usurpando a do Poder Judiciário, a quem cabe, na esfera civil, o processamento e julgamento do agente público, pela prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei 8.429/1992".

5. "Art. 12. *Independentemente das sanções penais, civis e administrativas*, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (...)" (destacamos).

6. "Art. 37. (...) § 4.º. 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*" (destacamos).

7. Assim também já decidiu o STJ: "A improcedência da ação civil pública apurando responsabilidade por improbidade administrativa não impede o prosseguimento da ação penal que apura suposto crime de concussão (art. 316 do CP) ante a independência das esferas cível e criminal, mormente quando se afigura patente a diversidade de objetos e fins entre as duas ações" (RHC 11722/MT, 5.ª T., j. 20.09.2001, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca).

da Lei 8.429/1992, de 5 a 8 anos para os atos do art. 10, e de 3 a 5 anos para os atos do art. 11. A multa foi estipulada em *até* três vezes o valor do acréscimo patrimonial (nos casos tipificados no art. 9.º), *até* duas vezes o valor do dano causado ao erário para as hipóteses do art. 10, e de *até* cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente ímprobo incurso no art. 11 da mesma lei. Apenas a pena de proibição de contratar com o Poder Público foi fixada em termos mais restritos (10 anos nos casos do art. 9.º; 5 anos nos casos do art. 10 e 3 anos nas hipóteses do art. 11).

Diante disso, a primeira dúvida que se coloca é a seguinte: pode o autor da ação de improbidade administrativa[8] pedir a aplicação tão-somente de *algumas* das penas previstas em lei e/ou, desde logo, pedir a condenação do réu a uma determinada pena *inferior* ao teto estabelecido?[9]

Note-se que a Lei 8.429/1992 simplesmente não se preocupou em estabelecer regra nesse particular, limitando-se a afirmar que na fixação das penas "*o juiz* levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (art. 12, parágrafo único) (grifo nosso).

A despeito da omissão da lei, parece-nos que a resposta a essa indagação deva ser *positiva*.

Se o autor da ação de improbidade administrativa opta por não pedir as penas máximas previstas em lei, é porque antecipadamente procedeu a um juízo de valor acerca da gravidade do ato e de antemão "dosou" as sanções. Trata-se de expediente perfeitamente legítimo à luz do nosso sistema processual civil, pois se aplicam à ação de improbidade administrativa as regras do Código de Processo Civil que conferem ao autor o ônus de formular pedido certo *e* determinado (arts. 282, III, e 286, do CPC).[10] Quando muito, uma leitura mais aberta do *caput* do art. 286 do CPC autorizaria o demandante a formular o pedido amplo

8. Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público lesada pelo ato (art. 17 da Lei 8.429/1992).

9. Essa dúvida desponta particularmente tormentosa quando se trata da proibição de contratar com o Poder Público, em que a lei não estabelece período mínimo e máximo de proibição, tema a ser enfrentado adiante.

10. Há tempos a doutrina chegou ao consenso de que é defeituosa a redação do *caput* do art. 286 do CPC ("O pedido deve ser certo *ou* determinado"), pois o correto teria sido o manejo da conjunção aditiva ("e"). Apenas para exemplificar, confira-se nesse sentido Calmon de Passos, José Joaquim.



de "imposição das penas previstas na Lei 8.429/1992", permitindo a interpretação de que se pretende a aplicação máxima de todas as sanções possíveis.

Ao juiz, quando reconhecer existente o ato de improbidade, caberá aplicar as penas *sempre adstrito ao que foi pedido na demanda inicial*, não havendo razão para se excluir aqui a aplicação da regra da congruência ou correlação (arts. 128 e 460 do CPC), que é decorrência do princípio da inércia da jurisdição.[11] A jurisprudência, contudo, não é pacífica quanto ao tema,[12] e a doutrina posiciona-se de modo francamente contrário à tese aqui por nós defendida.[13] Essa conclusão se mantém intacta mesmo

(*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 3, p. 171).

11. O princípio da inércia está intimamente relacionado ao princípio da demanda, e ambos implicam que o Poder Judiciário só julgará *mediante provocação e na medida dessa provocação*. As exceções devem ser expressamente estipuladas pela lei processual, tal como ocorre com a condenação a prestações periódicas vencidas no curso do processo (art. 290 do CPC) e aos juros (art. 293 do CPC), situações normalmente arrolados sob a (imprópria) denominação de "pedidos implícitos" (v.g., Carvalho, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 101-104), que vão melhor definidas como "efeitos legais" ou "anexos" da sentença (e.g. Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 2, p. 137). Não nos parece ocorrer fenômeno similar aqui, ante a completa falta de norma dispensando o autor de formular pedido específico quanto ás penas a serem cominadas, caso reconhecido o ato de improbidade.

12. No STJ, há acórdão afastando da espécie a regra da correlação: "Não há julgamento *ultra* ou *extra petita*, o juiz acrescenta à condenação do responsável pelo ato de improbidade as penas cominadas pelo art. 12, III, da Lei 8.429/1992" (REsp 324282/MT, 1.ª T., j. 05.02.2002, rel. Min. Humberto Gomes de Barros). Nos tribunais ordinários, contudo, parece prevalecer a tese oposta. À guisa de exemplo, no TJSP, confira-se acórdão nos EDiv em ApCiv 293.374-5, no qual a 1.ª Câmara de Direito Público, por maioria, excluiu da condenação penas que não haviam sido pedidas na inicial (rel. vencido, o Des. Renato Nalini). No TJPR, veja-se acórdão nos autos da ApCiv 151.986-6, 2.ª Câm. Civ., rel. Des. Bonejos Demchuk. Por fim, no TJRS, acórdão nos autos da ApCiv 70006514251, 3.ª Câm. Civ., Des. Matilde Chabar Maia.

13. A doutrina que se pronunciou no sentido de afastar a regra da congruência invoca o argumento do "interesse público" na aplicação da pena (e.g., Medeiros, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários*

em face da constatação de que à petição inicial da ação de improbidade administrativa basta descrever o ato tido por ímprobo, não estando o demandante sujeito ao ônus de tipificá-lo às hipóteses da Lei 8.429/1992. De fato, essa tarefa compete ao juiz, como decorrência da adoção, pelo nosso sistema processual civil, da teoria da *substanciação*.[14]

No caso de o juiz considerar existente o ato de improbidade, mas não concordar com o enquadramento feito pelo demandante na inicial

*e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 186). O argumento não convence, pois o processo coletivo de tutela de interesses difusos é sempre animado por interesse público (nas palavras de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57-59, trata-se de *interesse público primário*, pois de titularidade da coletividade), e nem por isso abre mão da regra da congruência. O mesmo se diga quanto ao processo que tutela direitos patrimoniais da Fazenda Pública (em que está em jogo o interesse público *secundário*, novamente segundo Bandeira de Mello, idem, ibidem). De *lege ferenda*, poderia se cogitar que nas causas que tutelam interesse público (especialmente o primário) o pedido fosse interpretado extensivamente (tal como foi proposto pelo art. 5.º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo: "Art. 5.º. Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido"). Outro argumento usado contra a aplicação da regra da correlação é o de que o art. 5.º, XLVI, da CF/1988 atribui *à lei* a individualização da pena (nesse sentido, GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 716). Essa norma constitucional foi respeitada na medida em que o art. 12 da Lei 8.429/1992 fixou as penas e o critério para individualização. Ademais, o art. 5.º, XLVI, da CF/1988 trata apenas das penas criminais (que são privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos), cabendo ao art. 37, § 4.º, da CF/1988, cuidar das penas civis decorrentes do ato de improbidade (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário). Também não calha outro argumento dos mesmos autores (Idem, p. 718) no sentido de que "[l]imitar o pedido, aqui, significaria usurpar a função jurisdicional de balizamento e ferir a *ratio* da fixação das sanções em parâmetros mínimo e máximo". A função jurisdicional civil é, salvo raríssimas exceções taxativas e expressas, limitada pelo pedido e pela causa de pedir. Ou seja, o argumento não convence.

14. Cf., por todos, CRUZ E TUCCI, José Rogério (*A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 144-148).



(que configura uma simples "proposta" de qualificação),[15] deverá aplicar as penas previstas para a hipótese que reputa correta, mas, ainda sim, *lhe é defeso desconsiderar os limites do pedido fixados pela peça inicial*.

Pense-se no exemplo em que a peça inicial acusa o agente público réu de ter facilitado "a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado", consoante tipificado no art. 10, IV, da Lei 8.429/1992, formulando pedido expresso das penas do art. 12, II, da mesma lei.

Se, no curso do processo, o juiz depara-se com a prova de que o agente público cometeu o ato em troca de vantagem econômica, não poderá considerar essa circunstância na sentença (por força da regra da congruência entre sentença e causa de pedir – arts. 128 e 460 do CPC[16] e do princípio da estabilidade do objeto litigioso do processo – arts. 264 e 294 do CPC).[17] Por isso, o magistrado não poderá cominar ao réu a pena de "perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio" (sanção prevista apenas no art. 12, I, para os atos de improbidade previstos no art. 9.º), assim como deverá limitar as penas de suspensão de direitos políticos ao máximo de oito e cinco anos, respectivamente (art. 12, II), em vez de 10 (art. 12, I).

Essas soluções aqui propostas são imperiosas, porque a ação de improbidade administrativa, apesar de guardar algumas semelhanças

15. Essa expressão foi recentemente usada por BUENO, Cassio Scarpinella (*Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, p. 72-73).

16. A doutrina é absolutamente unânime em reconhecer que a regra da correlação também se aplica à causa de pedir (veja-se, por todos DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3, p. 281). Reconhecendo que tal regra também se aplica à ação de improbidade administrativa, GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco (Op. cit., p. 718).

17. A percepção de vantagem ilícita pelo agente não constitui um mero "fato secundário" relativamente à causa de pedir originalmente apresentada, pois não serve para demonstrá-la ou reforçá-la (conforme definição aceita pela generalidade da doutrina, sendo suficiente citar a esse propósito o profundo estudo de Gian Franco Ricci, L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 837). A circunstância apontada é, sim, de um "fato principal", pois "serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante: *ex facto oritur ius* – o fato gera o direito e impõe um juízo" (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., p. 24-25).

com a ação penal, tem natureza civil e é regida pelas regras do procedimento ordinário (Livro I do Código de Processo Civil), exceto naquilo em que o art. 17 da Lei 8.429/1992 prescrever expressamente de forma diversa.[18]

Tivesse a ação de improbidade administrativa natureza penal, aí sim poderíamos lhe aplicar analogicamente os dispositivos que determinam que a denúncia apenas descreva e classifique o delito (art. 41 do CPP), cuja tipificação poderá ser alterada pelo juiz, mediante contraditório (arts. 383 e 384 do CPP), cabendo à sentença fixar a pena independentemente de pedido (art. 59 do CP). A aplicação, à ação de improbidade administrativa, da mesma lógica que governa o processo penal, imporia o abandono ao princípio da substanciação (pois caberia ao autor tipificar o ato tido por ímprobo) e conseqüentemente ao princípio da estabilização do objeto litigioso do processo (permitindo a alteração da tipificação legal, com reabertura do contraditório).[19] Essas operações mostram que qualquer raciocínio fundado em analogia com o processo penal não se coaduna com o nosso sistema processual civil.

Examinada a questão sob o ponto de vista processual, impende ainda considerar que a possibilidade de a petição inicial pedir (e a sentença

18. Esse dispositivo, em um aspecto, aproxima expressamente os procedimentos (penal e civil) na ação de improbidade administrativa: o seu § 8.º (com redação da MedProv 2.225-45/2001) permite a rejeição da peça inicial se o magistrado estiver "convencido da inexistência do ato de improbidade" ou "da improcedência da ação"; ou seja, autoriza verdadeiro julgamento de improcedência, ainda que não propriamente liminar, já que precedida de notificação do réu para apresentação de manifestação escrita, *ex vi* do art. 17, § 7.º, da Lei 8.429/1992. Como percebeu a doutrina (e.g., Almeida Prado, Francisco Octavio de. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 193), há aí indisfarçável similitude com os arts. 4.º e 6.º da Lei 8.038/1990 (que rege a ação penal originária no âmbito do STF e STJ, e determinam a notificação do acusado para manifestação prévia, para haver ou não o recebimento da denúncia ou da queixa).

19. A aproximação da ação de improbidade administrativa do processo penal, à margem da letra expressa do art. 37, § 4.º, da CF/1988, tem trazido inconvenientes seríssimos na aplicação da Lei 8.429/1992, sendo suficiente exemplificar com a questão da competência (reconhece-se que a ação de improbidade administrativa não se aplica o foro por prerrogativa de função, diferentemente do que ocorre com o processo penal). O tema, complexo e merecedor de análise mais profunda, transborda os limites do presente estudo.



correlatamente aplicar) apenas *parte* das sanções possíveis depende de uma interpretação mais flexível dos incisos do art. 12. É assente, tanto na doutrina,[20] quanto na jurisprudência,[21] que a redação desses dispositivos não foi feliz, pois elencou as sanções ligadas conjunção "e", e não "ou".[22] A partícula alternativa é a única admissível à luz do princípio da proporcionalidade (que tem matriz constitucional), pois a dosimetria

20. A propósito, confira-se: Santos, Carlos Frederico Brito dos (*Improbidade administrativa – reflexões sobre a Lei 8.429/1992*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 75-77), Osório, Fábio Medina (*Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 263-280) e Lucon, Paulo Henrique dos Santos (Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na lei de improbidade administrativa. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (coords.). *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 311). Contra, afirmando a necessidade da aplicação das penas sempre em bloco, v.g., Martins Junior, Wallace Paiva (*Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 263); Decomain, Pedro Roberto (*Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 214).

21. Essa tese é absolutamente reinante no STJ. A respeito, vejam-se trechos do voto da eminente Min. Eliana Calmon, nos autos do REsp 534.575/PR, proferido em sessão realizada em 09.12.2003: "Corrente a voz na doutrina de que é péssima a organização do sistema sancionatório da Lei 8.429/1992, por ter agrupado, em uma mesma categoria, infrações de gravidade altamente variável, em blocos fechados de sanções, que não obedecem a um critério adequado e compatível. *Daí o entendimento de que as sanções previstas nos incisos do art. 12 não precisariam sempre incidir sempre e em bloco*, pela conjugação 'e' a inúmeras penalidades, deixando ao julgador a tarefa de dosar a sanção. Na hipótese dos autos, houve demasia na aplicação desta, sem observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade" (destacamos). Basta citar mais um julgado que sufraga essa mesma tese largamente vitoriosa naquela Corte, proferido no REsp 505068/PR, em que foi relator o Min. Luiz Fux, da 1.ª T., 09.09.2003. A ementa, emblemática, merece ser parcialmente transcrita: "[a]s sanções do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o parágrafo único do mesmo dispositivo".

22. Prova da infelicidade redacional está na consideração de que ao particular (que pode ser sujeito passivo da ação de improbidade, a teor do art. 3.º da Lei 8.429/1992) não cabe pena de perda de função pública. E se se tratar de pessoa jurídica, inviável cominar-lhe a suspensão de direitos políticos. Ou seja, a própria natureza das coisas exclui a aplicação das sanções em bloco.

das penas não pode se cingir à variação do valor da multa ou do prazo da suspensão de direitos políticos.

Com essa mesma preocupação da correta dosimetria das penas, os tribunais também têm firmado o entendimento de que o juiz pode suspender o direito de contratar com o Poder Público por prazo *inferior* ao estabelecido na Lei 8.429/1992,[23] bem como restringir a *área de abrangência*[24] para a qual vigerá esta última proibição.

Se por um lado é possível a aplicação de penas inferiores ao mínimo estabelecido pela Lei 8.429/1992, por outro não se concebe a cominação de sanções *maiores* do que aquelas estatuídas no aludido diploma, por simples aplicação do art. 5.º, XXXIX, da CF/1988 "(não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal)",[25] cuja

23. Por exemplo, Santos, Carlos Frederico Brito dos (Op. cit., p. 90) posicionou-se no sentido de que o prazo de vigência da proibição de contratar com o Poder Público não deve variar apenas entre zero *ou* cinco anos, mas sim *de* zero *a* cinco anos. A mesma lógica autorizaria que a suspensão de direitos políticos fosse inferior a oito anos (para os casos do art. 9.º), cinco anos (art. 10) e três anos (art. 11). Contra, Bertoncini, Mateus (*Ato de improbidade administrativa – 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 252) considera que a desconsideração do limite mínimo viola o princípio da legalidade.

24. Em recente e emblemático acórdão, a 1.ª T. do STJ, por unanimidade, capitaneada pelo rel. Min. Teori Zavascki, nos autos do REsp 1.003.179/RO, em sessão de 05.08.2008, restringiu a proibição de contratar com o Poder Público "aos limites do Estado de Rondônia" (ente lesado pelo ato de improbidade). A lógica que permeia esse julgado é a mesma que inspira o art. 87 da Lei 8.666/1993, que gradua as penas ao licitante ou contratante faltoso em "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração" (inc. III) e "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública" (inc. IV), sendo a primeira restrita ao ente federativo que aplicou a sanção (União, Estados ou Municípios) e a segunda aplicável à Administração como um todo, segundo entendimento largamente majoritário na doutrina (v.g., Mukai, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 132-133).

25. A primeira parte desse comando constitucional (*nullum crime sine lege*) não deixa de se aplicar aos atos de improbidade, a despeito da largueza dos arts. 9.º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, cujos *capita* estabelecem "tipos genéricos" de ato de improbidade e se concluem com o advérbio "notadamente", que é responsável por introduzir os "tipos específicos" listados nos incisos de cada dispositivo (essa distinção é comum na doutrina, como se confere da



incidência extrapola o campo penal e atinge o "direito administrativo sancionador" de forma geral, abrangido o campo de operação da improbidade administrativa.[26]

Como decorrência do entendimento aqui esposado, é forçoso reconhecer a possibilidade de mais de uma ação de improbidade tendo como objeto o *mesmo fato*, desde que cada uma formule um pedido diferente de aplicação de sanções (por exemplo, a primeira pede apenas o ressarcimento do dano ao erário e a perda de função pública, e a segunda pede a suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público).

Ainda que envolvessem as mesmas partes e a mesma causa de pedir, a diferença entre os pedidos excluiria a tríplice identidade, necessária para caracterização da litispendência (art. 301, §§ 1.º e 2.º, do CPC). O caso seria de reunir os processos por conexão ou eventualmente continência.

Apenas se a primeira ação fosse julgada *improcedente* por sentença passada em julgado é que poderia se cogitar obstáculo à segunda. Afinal, a sentença de improcedência conteria declaração de que não houve ato de improbidade, de modo que outra demanda (ainda que com pedido diverso) estaria obstada pela eficácia preclusiva da coisa julgada material (art. 474 do CPC).[27]

obra de Costa, José Armando da. *Conteúdo jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35-36). Ademais, a jurisprudência reconhece que a lei não se aplica a atos ocorridos antes do início de sua vigência (v.g., TJSP, Ap 430.951-5/9-00, 2.ª Câm. de Direito Público j. 15.04.2008, rel. Des. Samuel Júnior).

26. Assim ensina Osório, Fábio Medina (*Direito administrativo sancionador*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 262).

27. O entendimento tradicional sobre esse problema negaria peso ao componente declaratório da sentença de improcedência, que se limitaria a negar o cabimento da pretensão do autor da ação de improbidade à aplicação das penas previstas na Lei 8.429/1992 (reputa-se normalmente que a declaração sobre a inexistência do ato de improbidade foi feita *incidenter tantum*, como fundamento lógico da improcedência e só ficaria coberta pela coisa julgada se houvesse demanda declaratória incidental). Considerado o pedido formulado pelo réu na sua resposta – no sentido de que o juiz declare inexistente o ato de improbidade – abre-se caminho para que essa declaração fique coberta pela coisa julgada material, independentemente de pedido expresso do réu ou de manejo das formas atinentes à demanda

Traçados os limites para dosagem das penas, resta analisar os *critérios* a serem utilizados nesse mister. A única norma que trata desse relevantíssimo tema é o art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, a qual é altamente criticável, não só por desprezar a dosagem que já pode (e deve) ser feita na petição inicial, como vimos, mas também por centrar atenção apenas em dois aspectos (enriquecimento do agente e dano ao erário).

A inconveniência dessa limitação desponta desde logo na falta de parâmetro para aplicação das sanções nas hipóteses de atos ímprobos elencados no art. 11 da Lei 8.429/1992, nas quais é prescindível a existência de proveito patrimonial ao agente ou dano ao erário.[28]

Ante a insuficiência desse comando legal, a jurisprudência tem afirmado a necessidade da análise global dos fatos que ensejaram a propositura da demanda. Nesse sentido veja-se, à guisa de exemplo, o preciso voto do saudoso Min. Franciulli Neto, condutor do julgamento da 2.ª T. do STJ em sessão de 04.09.2003, nos autos do REsp 300.184/SP, que assim pontuou: "[p]ara decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no art. 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.". Parece estar aqui a correta interpretação da Lei 8.429/1992.

## 2. Pedido de decretação de nulidade dos atos ímprobos

Outra questão tormentosa diz respeito à possibilidade ou não de cumulação do pedido de aplicação das penas da Lei 8.429/1992 ao pedido de anulação ou decretação de nulidade dos atos tidos por ímprobos, acerca da qual a Lei 8.429/1992 também não traz referências expressas.

É evidente que esse segundo objetivo pode perfeitamente ser alcançado pela via da ação popular, desde que os atos atacados sejam lesivos

declaratória incidental). Eis aqui uma aplicação da tese que defendemos recentemente (*O direito de defesa no processo civil brasileiro* – um estudo sobre a posição do réu, no prelo da editora Atlas), no sentido de interpretar como verdadeira *demanda declaratória* o pedido formulado pelo réu de improcedência da pretensão do autor.

28. Aliás, se houver enriquecimento ilícito do agente público ou dano ao erário, rigorosamente a hipótese subsumir-se-á ao art. 9.º ou ao art. 10, respectivamente, afastando a aplicação das figuras do art. 11 da Lei 8.429/1992.



ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5.º, LXXIII, da CF/1988).[29] Aliás, essa é a principal missão desse (outro) remédio de matriz constitucional.[30]

Todavia, o fato de a ação popular ser apta a obter a declaração de invalidade de atos ilegais e lesivos não exclui necessariamente que esse mesmo resultado seja obtido por meio da ação de improbidade administrativa.[31]

29. Esse dispositivo constitucional deu amplitude muito maior à ação popular, em relação às dimensões que haviam sido fixadas para esse remédio pelos arts. 1.º e 2.º da Lei 4.717/1965, conforme reconhece unissonamente a doutrina (v.g., Silva, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 144-145).

30. Note-se que nem todo ato passível de ataque por ação popular configura ato de improbidade administrativa, que deve se enquadrar nas hipóteses dos arts. 9.º a 11 da Lei 8.429/1992 (assim, v.g., Burle Filho, José Emmanuel. Ação civil pública e a tutela da probidade administrativa. In: Milaré, Édis (coord.) *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 299). Não infirma essa conclusão nem mesmo a excessiva largueza do mais vago tipo descrito na Lei 8.429/1992, ou seja, a hipótese de violação a qualquer princípio da Administração Pública por ação ou omissão, *ex vi* do art. 11, *caput* (Waldo Fazzo Jr. chega a considerar que "[p]ela abrangência de seu texto e dos princípios que protege, o art. 11 será sempre objeto de consideração, em presença de qualquer ato de improbidade administrativa". Op. cit., cit., p. 176). Isso porque a configuração do ato de improbidade tipificado no art. 11 depende particularmente de *dolo*, de tal modo que não é qualquer violação a princípio da Administração suficiente para caracterização do ato de improbidade. Nesse sentido, à guisa de mero exemplo, confiram-se na jurisprudência do STJ os seguintes julgados: "O enquadramento nas previsões dos arts. 9.º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa" (STJ, REsp 604.151/RS, 1.ª T., j. 25.04.2006, rel. Min. José Delgado, rel. p/ ac. Min. Teori Albino Zavascki) e "A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil" (STJ, REsp 213994/MG, 1.ª T., j. 17.08.1999, rel. Min. Garcia Vieira).

31. Essa concorrência de meios não significa que o autor popular possa pedir a aplicação das penas previstas na Lei 8.429/1992, pois têm legitimidade para tanto apenas o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público atingidas pelo ato de improbidade, conforme art. 17, *caput*, desse diploma. Nesse sentido pronunciou-se Marcelo Figueiredo (Op. cit., p. 188) e posiciona-se a jurisprudência majoritária. É suficiente, para ilustrar, a menção a dois julgados de diferentes tribunais: "Ilegitimidade *ad causam*

Do mesmo modo, embora silente o art. 3.º da Lei 7.437/1985,[32] entende-se que também a ação civil pública (quando manejada pelo Ministério Público)[33] pode formular pedido de anulação ou declaração de nulidade de atos ilegais e/ou lesivos (notadamente quando, também, ímprobos). A base legal, para tanto, está na norma aberta do inc. V do art.

– Ação popular – Improbidade administrativa – Cidadão pleiteando a condenação dos réus nas sanções previstas na Lei 8.429/1992 – Inadmissibilidade – Ilegitimidade ativa reconhecida". (TJSP, Ap 199.543-5/4, 8.ª Câm. de Direito Público, j. 19.03.2003, v.u., rel. Des. Paulo Travain) e "Ação popular – Improbidade administrativa – Imposição das sanções previstas na Lei federal 8.429/1992 – Inadmissibilidade – Inadequação da via – Possibilidade, tão-somente, em sede de ação civil pública – Recurso oficial provido" (TRF-1.ª Reg., AgIn 2000.010.00.13227-4/DF, 3.ª T., j. 15.12.2000, rel. Juiz Olindo Menezes). Contra (e a nosso ver sem razão) Gomes Jr, Luiz Manoel (*Ação popular: aspectos polêmicos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103-108).

32. "Art. 3.º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer." Entende a doutrina que o dispositivo não pode ser interpretado de forma literal, pois não raro a proteção ao interesse transindividual (objetivo último da ação civil pública) não se esgotará na imposição de obrigação de pagar, fazer ou não fazer (nesse sentido, Almeida, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 75-76).

33. Os entes da Administração Direta (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), embora legitimados à ação civil pública (art. 5.º da Lei 7.437/1985), rigorosamente não precisariam propô-la para anulação de atos por eles mesmos praticados e que tenham lhes causado prejuízo, eis que investidos do poder de autotutela, sendo-lhes autorizado aplicar a lei de ofício para produzir o exato mesmo resultado sem o concurso do Poder Judiciário. O tema está longamente consagrado, desde que enunciada a Súmula 473 do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos (...)". Apenas exige-se – como em qualquer processo administrativo – que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório ao interessado. Essa exigência decorre não apenas do art. 5.º, LV, da CF/1988 ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"), como das leis que traçam normas gerais para o processo administrativo, tanto em sede federal (art. 2.º da Lei 9.784/1999), como estadual (v.g., art. 4.º da Lei estadual paulista 10.177/1998).



1.º da Lei 7.347/1985,[34] conjugado com o art. 25, IV, *b*, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que lhe confere competência para pedir "anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem".[35]

Novamente aqui somos forçados a observar que a aptidão da ação civil pública para tutelar tal situação não afasta automaticamente que a ação de improbidade administrativa também o seja. É próprio da tutela de interesses transindividuais que haja concorrência de remédios jurisdicionais.[36]

É inegável que a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa são procedimentos especiais distintos, com finalidades e regras de legitimação (tanto ativa, como passiva) diversas. A ação de improbidade administrativa tem âmbito de atuação bem mais restrito, pois

34. "Art. 1.º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) V – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo." Esse dispositivo (inserido pelo Código de Defesa do Consumidor e renumerado pela Lei 10.257/2001) deixa claro que as hipóteses de defesa de interesses transindividuais são meramente exemplificativas (como entende, por exemplo, Leonel, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 123).

35. O embasamento constitucional desse dispositivo está na (suficientemente ampla) norma do art. 129, III, da CF/1988: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

36. A concorrência entre ação popular e ação civil pública está textualmente autorizada no art. 1.º da Lei 7.437/1985 ("Regem-se pelas disposições desta Lei, *sem prejuízo da ação popular* (...)" – destacamos), mas não elimina a concorrência entre esses dois remédios e a ação de improbidade administrativa, conforme já decidiu o STJ: "A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas" (REsp 401964/RO, 1.ª T., j. 22.10.2002, rel. Min. Luiz Fux).

se destina à tutela de um particular interesse transindividual (que é a probidade administrativa),[37] e a lei *especial* que a rege (Lei 8.429/1992) afasta a lei *geral* (Lei 7.437/1985), à qual sequer se reservou aplicação subsidiária.[38]

Apesar dessa (necessária) distinção, os remédios não podem ser tratados de forma absolutamente estanque.

Veja-se, por exemplo, que o STJ reconheceu que a ação civil pública é o meio adequado para que o Ministério Público obtenha apenas a recomposição do dano ao erário por ato de improbidade,[39] ainda que a pretensão de aplicação das demais sanções esteja prescrita conforme o art. 23 da Lei 8.429/1992.[40]

Nessa esteira, não há razão para negar que a ação de improbidade administrativa traga pedido de invalidação de ato administrativo, máxime porque o já citado art. 25, IV, *b*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério

37. Nesse sentido, dentre outros, Pazzaglini Filho, Marino (*Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 161-162).

38. Como entendeu, por exemplo, Jorge, Flávio Cheim. A improbidade administrativa (Lei 8.429 de 02.06.1992). In: Farias, Cristiano Chaves de; Didier Junior, Fredie (coords.). *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1135).

39. "É perfeitamente cabível na ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/1985, pedido de reparação de danos causados ao erário pelos atos de improbidade administrativa, tipificados na Lei 8.429/1992" (REsp 541962/SP, 1.ª T., j. 27.02.2007, rel. Min. Eliana Calmon). Miranda, Gustavo Senna (*Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 205) apontou a necessidade de duas adaptações para compatibilizar a ação civil pública à tutela da probidade administrativa: a primeira é a vedação da transação (conforme previsão do art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992); a segunda é a destinação do produto da condenação à pessoa jurídica lesada (art. 18 da Lei 8.429/1992) e não ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.437/1985.

40. A imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento do dano ao erário é extraída do art. 37, § 5.º, da CF/1988 (cuja redação poderia ser mais clara): "§ 5.º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*" (destacamos). Acolhendo esse entendimento, confira-se na jurisprudência do STJ, e.g., REsp 403153/SP, 1.ª T., j. 09.09.2003, rel. Min. José Delgado. Na doutrina, vide a título de exemplo Nery Junior, Nelson. (*Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 216).



Público não atrelou essa competência do *Parquet* forçosamente à ação civil pública.

E nem se diga que a invalidação não poderia ser alcançada pela via da ação de improbidade administrativa, porque a tutela jurisdicional passível de ser outorgada por meio dela está governada por uma tipicidade que tem assento no já referido art. 5.º, XXIX, parte final, da CF/1988, que consagra (também nesse terreno) a máxima *nulla poena sine lege*.

Primeiro, porque a possibilidade de invalidação pode ser equiparada a uma pena civil que está prevista em lei (ainda que em diploma diverso), de modo que o próprio *caput* do art. 12 da Lei 8.429/1992 autoriza sua aplicação ("Art. 12. Independentemente das sanções (...) civis (...), previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...))".[41]

Segundo, porque a Lei 8.429/1992 prevê a sanção de recomposição de dano ao erário, a qual pode depender, em muitos casos, justamente da invalidação do ato reputado ímprobo. Excluir essa possibilidade apequena a importante missão constitucional da ação de improbidade administrativa.

E mesmo que, em última análise, se reservasse apenas à ação civil pública o papel de pedir a invalidação dos atos tidos por ímprobos, ainda assim poderia haver sua cumulação com a ação de improbidade administrativa, notadamente pela reunião de processos autônomos para julgamento conjunto (art. 103 do CPC), em homenagem à economia processual (representada pela instrução conjunta de ambas as demandas) e à necessidade de harmonização de julgados. Se plenamente cabível essa cumulação de processos, não há porque negar a cumulação de pedidos no mesmo processo (art. 292 do CPC), que, em linhas gerais, prestigia os exatos mesmos valores. Veja-se por derradeiro que o art.

41. Segundo Martins Jr., Wallace Paiva. (Op. cit., p. 261) esse dispositivo autoriza, por exemplo, que ao agente ímprobo seja imposta obrigação de fazer ou não fazer necessária à tutela da probidade administrativa (tal como previsto no art. 3.º da Lei 7.437/1985). Valendo-se de tal permissivo, o TJSP (sob relatoria do Des. Luiz Tâmbara, nos autos da Ap 60.636-5, em sessão de 07.12.1999) condenou Prefeito a retirar de bens públicos, às suas expensas, as siglas do seu nome, por considerar tal veiculação como promoção pessoal vedada constitucionalmente e caracterizadora de ato de improbidade.

292, § 2.º, do CPC[42] afasta qualquer óbice representado pela diferença de procedimentos, pois autoriza o autor a "renunciar" aos procedimentos especiais e adotar o procedimento comum ordinário. Nesse caso, porém, cremos ser possível adaptar o rito ordinário, para que se preserve a fase introdutória do procedimento da ação de improbidade administrativa (prevista no art. 17, §§ 7.º e § 8.º, da Lei 8.429/1992),[43] para evitar a exclusão de oportunidade de contraditório assegurado ao réu,[44] o que frustraria a própria finalidade do referido art. 292, § 2.º, do CPC, que é a exclusão da sumariedade própria dos procedimentos especiais em prol da garantia de que as partes não sofram prejuízo quanto ao exercício do contraditório.[45]

Reconhecida a possibilidade de se formular pedido de invalidação do ato tido por ímprobo, por meio do exercício da ação de improbi-

42. "§ 2.º. Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário."

43. "Art. 17. (...) § 7.º. Estando a 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 15 (quinze) dias. § 8.º. Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de 30 (trinta) dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita."

44. Registre-se, por oportuno, que a jurisprudência do STJ divide-se em reconhecer se a omissão dessa fase preliminar enseja ou não nulidade. Para exemplificar, confiram-se dois recentes julgados que consagraram entendimentos opostos: "A inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 dias (§ 7.º do art. 17 da Lei 8.429/1992), importa em grave desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law*" (REsp 883.795/SP, 1.ª T., j. 11.12.2007, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ ac. Min. Luiz Fux) e "Em que pese o rito específico contido no § 7.º do art. 17 da Lei de Improbidade, que prevê a notificação do requerido para manifestação prévia, sua inobservância não tem o efeito de invalidar os atos processuais ulteriores, exceto se o requerido sofrer algum tipo de prejuízo" (REsp 965.340/AM, 2.ª T., j. 25.09.2007, rel. Min. Castro Meira).

45. Nesse sentido Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 677, nota 9 ao art. 292 do CPC).



dade administrativa, resta saber se essa providência judicial deve ser *obrigatoriamente* requerida pelo demandante, como pressuposto lógico necessário da procedência do pedido de aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/1992. Em outras palavras, é de se indagar se a declaração de invalidade do ato ímprobo constitui-se *pressuposto lógico e necessário para reconhecimento do ato de improbidade.*

A resposta afirmativa apóia-se sobre a constatação de que o ato de improbidade é inválido porquanto ilegal[46] ou imoral (o que é juridicamente equiparável para o fim de decretar a invalidade à luz do *caput* do art. 37 da CF/1988[47] e sancionar a improbidade, à lume do art. 11 da Lei 8.429/1992).[48]

Todavia, embora esse raciocínio esteja correto, a aplicação das penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 não carece obrigatoriamente da prévia declaração de nulidade dos atos ímprobos. Não há óbice algum para que o ato permaneça hígido e válido e, ao mesmo tempo, sejam aplicadas aos agentes as penas do art. 12 da Lei 8.429/1992.[49] O pressuposto lógico e necessário para a aplicação das sanções é o reconhecimento da

46. A idéia de que a ilegalidade do ato administrativo conduz à sua invalidade é absolutamente aceita pela doutrina administrativista, valendo apontar o entendimento de Meirelles, Hely Lopes (*Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 194-195) e a recente lição de Justen Filho, Marçal (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 252): "A invalidade (em sentido amplo) consiste na desconformidade entre um ato concreto, praticado no mundo real, e o modele contido em uma norma jurídica. Essa desconformidade conduz à não-incidência dos efeitos previstos no mandamento da norma".

47. Assim, e.g., Zavascki, Teori Albino (Op. cit., p. 91).

48. Assim, e.g., Garcia, Emerson; Alves, Rogério Pacheco (Op. cit., p. 75-76).

49. Diferentemente tem entendido o TJSP. A sua 5.ª Câm. de Direito Público, no julgamento da ApCiv 268.906.5/9, sob relatoria do Des. Paulo Franco. Tratava-se de ação movida contra Prefeito, acoimando de ímprobas nomeações de funcionários sem concurso público para cargos técnicos, e que não poderiam ser considerados de confiança. Entendeu a Turma Julgadora que o Ministério Público (autor da ação) deveria ter pedido a nulidade de todas as contratações e incluído no pólo passivo todos os funcionários indevidamente contratados. A mesma solução foi dada pela 11.ª Câm. de Direito Público a caso idêntico (Ap 317.031.5/6-00, j. 15.12.2008, rel. Des. Luiz Ganzerla). Contudo, enfrentando a exata mesma situação, a 6.ª Câm. de Direito Público do TJSP, julgou a Ap 257.178.5/0 (rel. Des. Coimbra Schmidt), reputando desnecessária a declaração de nulidade das nomeações

existência do ato de improbidade em qualquer das modalidades tipificadas nos arts. 9.°, 10 ou 11 da Lei 8.429/1992. Esse é o elemento declaratório da sentença que julga procedente a demanda regrada pela Lei 8.429/1992.[50]

Reforça substancialmente essa conclusão a constatação de que nem sempre se afigura possível essa invalidação.

Exclua-se, de início, a possibilidade de invalidação do ato de improbidade que se reveste de caráter *omissivo*, como "agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público" (art. 10, X, da Lei 8.429/1992) ou "negar publicidade aos atos oficiais" (art. 11, IV, da Lei 8.429/1992). Parece ser logicamente impossível invalidar a completa omissão.

Do mesmo modo, inviável se pensar em invalidação de atos de improbidade que são atos jurídicos privados, como na hipótese do art. 9.°, I, da Lei 8.429/1992, que é o recebimento, pelo agente público, de gratificação dada por particular imbuído de "interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público".

Em casos tais, não se cogita da nulidade desse ato de doação, pois isso implicaria a restituição das partes envolvidas (doador e donatário) ao *status quo* anterior, com a devolução do bem pelo segundo ao primeiro. Essa solução contrariaria frontalmente o art. 18 da Lei 8.429/1992, que estabelece a perda dos valores indevidamente adquiridos pelo agente em

de funcionários, bastando o fato para caracterização da improbidade administrativa e aplicação das sanções legais.

50. Nesse ponto, revela-se o erro do raciocínio de Santos, Carlos Frederico Brito dos (Op. cit., p. 148) aqui transcrito: "entendemos que, pelo fato de todo pedido condenatório já constar implícito o declaratório – como seu antecedente lógico –, o pedido de condenação do agente público e/ou terceiro *já conterá, oculta, a pretensão de anulação do ato administrativo*, como deflui logicamente da causa de pedir, não havendo por que se falar em julgamento *ultra petita* na hipótese de o juiz declarar a nulidade do ato antes de condenar os acionados ímprobos e passar a dosar-lhes as penalidades do art. 12 da lei comentada". Entende-se que o estudioso citado deu ao componente declaratório da sentença uma dimensão maior do que a devida. O antecedente lógico do julgamento de procedência é a declaração de que ocorreu o ato de improbidade. Pode-se incluir aí, ainda, a declaração de ocorrência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito do agente público, a autorizar as penas respectivas. Mais nada além disso.



favor do ente público ao qual pertence o agente ímprobo. A invalidação do caso, nesse ato, sequer é possível ou, quando menos, necessária.

O problema põe-se em termos diversos quando o ato de improbidade manifestar-se em ato administrativo propriamente dito[51] (ou conjunto de atos), que tenha natureza comissiva, que é o que ocorre na maioria das hipóteses descritas pelos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992. Tome-se como exemplo o contrato público firmado com dispensa indevida de licitação (art. 10, VIII, parte final, da Lei 8.429/1992) ou a prática de "ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência" (art. 11, I, da Lei 8.429/1992).

A invalidação desse tipo de ato ímprobo serviria, basicamente, para duas finalidades.

O primeiro objetivo é a projeção de efeitos para o *futuro*, consistente em cassar a vigência do ato de improbidade. Exemplos não faltam: basta pensar nos atos de nomeação de servidores para cargos criados em desacordo com os requisitos constitucionais (art. 11, I, da Lei 8.429/1992), ou o contrato administrativo de longa duração (como são normalmente os de concessão de serviço público) precedido de licitação fraudada (art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992). Há manifesto interesse para que o autor peça a invalidação do ato ou contrato, a qual projetará eficácia para o futuro.

A segunda utilidade da declaração de invalidade volta os olhos para o passado, para permitir que as partes sejam restituídas ao *status quo* anterior ao ato ímprobo. Tal providência mostra-se manifestamente necessária quando se tratar, por exemplo, de doação de bem público a particular sem observância das formalidades legais (art. 10, III, da Lei 8.429/1992, respectivamente), em que a invalidação provocará o retorno do bem doado ao patrimônio público.

Entretanto, muitas vezes será material ou juridicamente impossível restituir a Administração e o particular beneficiado ao estado anterior ao ato ou contrato administrativo. Se servidor público foi contratado

51. É útil definir o que seja "ato administrativo". Para tanto, servimo-nos de Bandeira de Mello, Celso Antônio (Op. cit., p. 356): "(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".

de modo ilícito, mas prestou serviços de modo regular à Administração Pública, a invalidação de sua nomeação só poderá ter efeitos *ex nunc*, pois o serviço prestado à Administração não poderá ser devolvido. Da mesma forma, a invalidação do contrato administrativo não pode implicar devolução do bem já consumido ou já afetado ao uso público, tampouco restituir serviço já prestado. Nesses casos (bem comuns, aliás), a restituição das partes ao *status quo ante* é materialmente impossível, de tal modo que, embora haja invalidade, nem por isso pronunciou-se a nulidade.[52]

Há que se perquirir então se, a despeito da impossibilidade de restituição ao particular do bem ou serviço fruído pela Administração, deveria aquele devolver a essa a quantia desembolsada por esse bem ou serviço.

No caso de contrato administrativo cujo objeto já foi inteiramente entregue, também não se pode condenar o contratado à devolução de todos os valores pagos pela Administração,[53] pois tal comando esbarraria no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, que vem consagrado expressamente na lei de licitações e contratos administrativos, nos seus arts. 49, § 1.º e 59, parágrafo único.[54-55] Nessa esteira, o já citado

52. Marçal Justen Filho, tratando da nulidade de atos no âmbito das licitações e contratos administrativos, enuncia lição que, segundo entendemos, se aplica a qualquer ato administrativo: "a consolidação de um estado de fato, em que não se possa vislumbrar prejuízo para o interesse que a Lei busca proteger, torna sem objeto a pronúncia do vício" (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 483).

53. Entendeu de forma contrária Mazzili, Hugo Nigro (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 161-162), o qual, com apoio nas lições de Batista Ramos, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, assenta que "quem gastar em desacordo com a lei, há de fazê-lo por sua conta". Também de acordo com essa tese, Decomain, Pedro (Op. cit., p. 129) afirma que "[o] prejuízo será representado pelo que haja sido pago".

54. "Art. 49. (...) § 1.º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei."

55. "Art. 59. (...). Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."



Marçal Justen Filho[56] apontou com precisão que "a Administração não poderá utilizar a declaração de nulidade como instrumento de enriquecimento". Mesmo o agente que cometeu ato de improbidade continua merecedor da proteção pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Mas não é sob a ótica da vedação ao enriquecimento sem causa que a análise conduz a essa solução. De fato, voltando ao exemplo do caso em que se frustrou licitude de procedimento licitatório (art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992) o *dano ao erário*, passível de ressarcimento, *não* corresponde a todo o valor gasto pelos cofres públicos com a empresa indevidamente declarada vencedora do certame. Se a obra ou serviço foi efetiva e regularmente entregue, o dano ao erário, passível de restituição, corresponde à diferença entre o valor realmente gasto e o valor que seria despendido caso tivesse sido regular a licitação. Como essa conta, na prática, dificilmente pode ser feita, tem-se aceito que o dano ao erário é aquilo que suplanta o *custo* da obra ou do serviço, ou seja, o *lucro*. É nesse sentido que caminha a jurisprudência.[57]

Sob esse prisma, o particular só pode ser condenado a devolver essa parcela excedente ao custo (*rectius*, lucro), pois essa foi a medida do dano ao erário. Mesmo que o contrato seja declarado inválido, a restituição do custo incorrido pelo contratado particular não é passível de devolução, por incidência da máxima *pás de nullité sans grief*.[58] Raciocínio similar aplica-se ao caso de superfaturamento (art. 10, V, da Lei 8.429/1992), em que o dano corresponde à parcela do preço que suplanta o valor de mercado.[59]

56. Op. cit., p. 483.

57. No STJ, confira-se, à guisa de exemplo, REsp 408.785/RN, j. 05.06.2003, rel. Min. Franciulli Neto; REsp 662.924/MT, j. 16.06.2005, rel. Min. Luiz Fux e REsp 332.956-SP, j. 21.11.2002, rel. Min. Francisco Falcão.

58. Diferentemente entendeu Jacintho de Arruda Câmara, para quem a má-fé do contratado exclui seu direito a receber qualquer valor pela execução da obra ou do serviço com base em contrato declarado inválido (A lei de improbidade administrativa e os contratos inválidos já executados. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (coords.). *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 209).

59. Reconhecendo que o dano ao erário causado pelo superfaturamento é apenas o excedente em relação ao valor de mercado do bem ou serviço adquirido pela Administração, veja-se o seguinte acórdão do TJSP, Ap 578.960-5/0-00,

Naturalmente isso não exclui a penalização pecuniária do particular, por meio da multa civil prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992. Aí sim haverá verdadeira sanção, e não reparação de dano.

Quando se tratar de salário pago a funcionário público que efetivamente prestou serviços, aos argumentos supra deve-se acrescer o de que a devolução dos salários pagos feriria o princípio que as verbas de cunho alimentar, porquanto destinadas à sobrevivência do indivíduo, são irrepetíveis.[60] Diferentemente seria no caso de "funcionário fantasma", em que o dano ao erário consubstancia-se justamente na verba desembolsada pela Administração sem correspondente contraprestação do particular.

De qualquer modo, exige-se que o pedido de invalidação seja formulado *principaliter*. Isso porque a nulidade do ato jurídico que constitui objeto do processo, embora possa ser conhecida de ofício pelo juiz,[61] não pode extrapolar os limites do pedido e da causa de pedir.[62]

6.ª Câmara de Direito Público, j. 14.04.2008, rel. Des. Leme de Campos.. Na doutrina, esse entendimento também é acolhido. Vide, à guisa de exemplo, MARTINS JR., Wallace Paiva. (*Probidade Administrativa...* cit., p. 214) e BERTOCINI, Mateus (*Ato de improbidade administrativa...* cit., p. 215).

60. Reconhecendo que a regular prestação de serviços por servidores públicos contratados de modo ilegal exclui a existência de dano ao erário, eximindo os réus da ação de improbidade de restituir salários pagos, já se pronunciou o STJ: "Apesar de não ter sido o contrato precedido de concurso, houve trabalho dos servidores contratados o que impede a devolução dos valores correspondentes ao trabalho devido" (REsp 514.820/SP, 2.ª T., j. 05.05.2005, rel. Min. Eliana Calmon). No mesmo sentido, ainda no STJ, REsp 737.279/PR, 2.ª T., j. 13.05.2008, rel. Min. Castro Meira e REsp 828.478/SP, 1.ª T., j. 16.05.2006, rel. Min. Francisco Falcão. Vejam-se também os seguintes julgados do TJSP, Ap 430.951-5/9-00, 2.ª Câm. de Direito Público, j. 15.04.2008, rel. Des. Samuel Júnior; ApCiv 257.178.5/0, 6.ª Câm. de Direito Público, j. 14.02.2005, rel. Des. Coimbra Schmidt; Ap 704.067.5/6-00, 12.ª Câm. de Direito Público, j. 18.02.2009, rel. Des. Prado Pereira.

61. Cf. art. 168, parágrafo único, do CC/2002, aplicável ao âmbito dos contratos administrativos (por força do art. 54 da Lei 8.666/1993) e dos atos administrativos em geral (por força do art. 4.º da LICC).

62. Assim entendem, v.g., BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir de pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 47) e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (*Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 150).



Quando muito, poder-se-ia dizer que a nulidade é analisada *incidenter tantum* quando o juiz acolhe o pedido de devolução de todos os valores despendidos pela Administração em decorrência do ato ímprobo (o que só é possível dentro dos limites aqui delineados). Todavia, tratar-se-á de acertamento contido na motivação da decisão, que não produzirá qualquer outro efeito além da condenação à restituição das quantias indevidamente pagas. O reconhecimento da invalidade, nesse caso, notadamente não ficará coberto pela coisa julgada material (arts. 469 e 470 do CPC).

### 3. CUMULAÇÃO DE PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS ÍMPROBOS E COMPOSIÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO

Uma vez pedida, em caráter *principaliter*, a invalidação do ato ímprobo, exige-se que todos os sujeitos devam ser chamados ao processo na qualidade de litisconsortes passivos necessários e unitários.

Isso se explica em face das duas circunstâncias a que alude Paulo Henrique dos Santos Lucon,[63] ou seja, tanto pelo prisma do contraditório (todos aqueles que podem ser atingidos pelo comando da sentença têm de ser réus), quanto da eficácia (isso fica claro, sobretudo, quando a improbidade ocorre no seio de um contrato administrativo, que não pode ser nulo para uma parte e válido para a outra).

Esse entendimento já está há décadas bem consagrado quanto à interpretação da Lei 4.717/1965, que rege a ação popular,[64] e não há nenhuma razão para excluir a mesma diretriz quando houver cumulado na ação de improbidade administrativa o pedido de anulação do ato ímprobo.

Se o pedido de nulidade, contudo, não for formulado em caráter *principaliter*, esse panorama se altera. O agente público que cometeu o ato ímprobo decerto figurará no pólo passivo da ação de improbidade administrativa, *mas não necessariamente litisconsorciado com o particular que eventualmente tenha participado ou se beneficiado de alguma forma do*

63. Op. cit., p. 311 e ss.

64. À guisa de exemplo, confira-se, no STJ, REsp 480712/SP, j. 12.05.2005, rel. p/ ac. Min. Luiz Fux; REsp 268650/RJ, j. 08.06.2004, rel. Min. Francisco Falcão e ainda o aresto publicado em *RSTJ* 43/332, citado por Theotonio Negrão em seu *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, nota 1e ao art. 6.º da Lei 4.717/1965.

*mesmo ato*. O que não se admite é que o particular responda, sozinho, pelo ato de improbidade, porquanto insuscetível de ser praticado isoladamente pelo particular (o qual é equiparado ao agente público conforme art. 3.º da Lei 8.429/1992,[65] e poderá praticar apenas o que a doutrina considera como "ato de improbidade impróprio").[66] Feitas essas ponderações, pode-se dizer que há solidariedade entre os ofensores.[67]

É imperioso também ressalvar que mesmo quando não se cogite de nulidade do ato ímprobo, a pessoa jurídica de direito público lesada, quando não for a demandante, será chamada ao processo movido pelo Ministério Público.

Com efeito, por expressa disposição do art. 17, § 3.º, da Lei 8.429/1992, reformado pela Lei 9.366/1996, aplica-se a mesma técnica prevista para a ação popular (art. 6.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965), em que a pessoa jurídica de direito público interessada na causa é intimada para, no prazo de 15 dias, *a)* contestar a demanda inicial; *b)* abster-se de contestar; ou *c)* colocar-se ao lado do autor, conforme prevê o mesmo art. 6.º, § 3.º.

A doutrina, contudo, não chegou a um consenso sobre a natureza jurídica do papel assumido pela pessoa jurídica de direito público em cada uma dessas hipóteses.

A opção mais comum é pela formação de um litisconsórcio ativo ou passivo, conforme a postura adotada (se pela defesa ou ataque do ato que

65. "Art. 3.º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

66. Usando essa expressão, v.g., Pazzaglini Filho, Marino (Op. cit., p. 26).

67. A solidariedade dos autores do ato ilícito está expressamente prevista no art. 942, parágrafo único, do CC/2002 atual, a qual, entendemos, aplica-se, com os temperamentos acima indicados, ara os autores do ato de improbidade definidos pelos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.429/1992. Assentando a solidariedade entre os réus para reparação do dano ao erário, confira-se, à guisa de exemplo, no TJSP, o seguinte julgado: "As partes subscritoras do contrato ilegal e inconstitucional, devem, solidariamente, ressarcir ao Estado, o valor do dano que foi determinado com tal contratação" (Ap 194.345-5/4, 3.ª Câm. de Direito Público, j. 18.02.2003, rel. Des. Peiretti de Godoy). Diferentemente entendeu Lucon, sustentando a existência de litisconsórcio necessário (Op. cit., p. 322).



ensejou a ação popular ou a ação de improbidade).[68] Outros reputam que seria ela litisconsorte passiva apenas se o ente fazendário tiver escolhido a defesa da legalidade do ato atacado, ombreando-se ao(s) réu(s). Se, por outro lado, a opção for por perfilhar o autor no ataque ao ato, a hipótese seria de assistência (para alguns simples, para outros litisconsorcial).[69]

A dificuldade de enquadrar a pessoa jurídica como litisconsorte é enorme, pois, como bem anota Cassio Scarpinella Bueno, o sistema não conhece outra hipótese em que o litisconsorte possa escolher o pólo da relação processual em que queira figurar.[70] Também não é correto sustentar que a pessoa jurídica que prefere defender a juridicidade do ato atacado assuma o posto de litisconsorte passivo, já que é impossível advir-lhe qualquer prejuízo da sentença de procedência (ao contrário, será esse ente público o beneficiado pela condenação, *ex vi* do art. 18 da Lei 8.429/1992).

Diante dessas dificuldades, Cassio Scarpinella Bueno acabou por reconhecer que essa intervenção *sui generis* poderia se enquadrar na definição que deu à figura do *amivus curiae*.[71] A solução é bastante sedutora, justamente porque supera os obstáculos que as outras classificações impõem.[72]

68. Assim, pontuou Bueno, Cassio Scarpinella (Acimus curiae *no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 258).

69. Para referência completa a respeito, com remissões à ação popular, mas plenamente aplicáveis à ação de improbidade administrativa, Mancuso, Rodolfo de Camargo (*Ação popular*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 207 e ss.).

70. *Amicus curiae*... cit., p. 259.

71. Idem, p. 265 e ss.

72. Muito embora refuja ao tema a que nos propusemos, não é demais enfrentar uma última questão nesse particular: uma vez escolhida a posição processual da pessoa jurídica de direito público na ação de improbidade, poderá ela depois "mudar de lado", no curso do processo? A questão vem, há muito, sendo objeto de preocupações dos autores que comentaram a lei de ação popular, havendo numerosos pronunciamentos pela resposta afirmativa (v.g. Mancuso, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 173 e ss. Macedo, Alexander dos Santos. Da ação popular – retratabilidade da posição assumida pela pessoa jurídica no processo – possibilidade. *RF* 328. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez. 1994, p. 3-7 e Gomes Jr., Luiz Manoel. Ação popular – alteração de pólo. *RePro* 125. São Paulo: Ed. RT, jul. 2005, p. 190 e ss.), aos quais já se alinhou recente jurisprudência (no STJ, confira-se: REsp 439.854/SP, j. 08.04.2003,

Em brevíssima síntese, entendemos que as dificuldades na aplicação prática da Lei 8.429/1992 decorrem em grande medida de deficiências na redação do diploma, as quais, contudo, tem sido paulatinamente enfrentadas e resolvidas pela jurisprudência. O presente estudo não pretendeu esgotar todos os pontos que o tema proposta suscita, mas

rel. Min. Eliana Calmon; no TJSP, ApCiv 207.166-5, j. 07.08.2003, rel. Des. Ralpho Oliveira e AgIn 516.113-5/1-00, j. 01.08.2006, rel. Des. Alves Bevilácqua). Com a devida vênia daqueles que empunharam essa bandeira, somos forçados a, em parte, discordar. E para tanto invocamos, de pronto, a lição de Hely Lopes Meirelles para quem: "[c]itada, a pessoa jurídica interessada na demanda poderá contestar, abster-se de contestar, ou encampar expressamente o pedido da inicial (art. 6.º, § 3.º). Tomada qualquer dessas posições, define-se a lide, não podendo mais alterar-se a defesa, mesmo que mude o governante ou a direção da entidade. (...) Se assim não fosse, a cada mudança de governo ou substituição de diretoria admitir-se-ia nova oportunidade de defesa, incompatível com a fixação da lide. A Administração Pública é uma e perene, daí porque a mudança de seus agentes não modifica a situação processual assumida por seus antecessores" (*Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1989, p. 103. Em sentido bastante similar, WALD, Arnoldo. Ação popular para anulação de contrato – princípios legais aplicáveis. *RT* 521. São Paulo: Ed. RT, mar. 1979, p. 58-59). Com efeito, não é razoável se deixar que, ao longo de todo o *iter* procedimental haja livre possibilidade de alteração do posicionamento da pessoa jurídica de direito público, ao sabor das paixões político-partidárias. Isso significaria transformar o processo em palco de absurdo tumulto, sobretudo porque, ao se retratar, à pessoa jurídica de direito público interessada certamente seria franqueado o direito de expor as suas razões em favor da tese do autor ou do réu, conforme o caso. E certamente, em observância ao princípio do contraditório, à parte contrária seria aberta vista para manifestação, em claro prejuízo da ordem e celeridade processuais. Tamanho transtorno esbarraria em um dos princípios que constituem a base do processo civil brasileiro, que é a *preclusão*, cujo objetivo é, justamente, o de conferir lógica, racionalidade e rapidez ao desenvolvimento do procedimento. O obstáculo preclusivo, aqui, seria tanto *lógico* quanto *temporal*. A escolha da pessoa jurídica de direito público por uma das alternativas postas pelo § 3.º do art. 17 da Lei 8.429/1992 deve ocorrer no prazo de 15 dias após a citação; escoado o prazo, aplica-se a preclusão *temporal*. Ademais, a possibilidade de contestar fica preclusa com a manifestação de apoio à tese do autor e vice-versa. Quando muito, poderíamos entender cabível essa alteração de posição se, no curso da instrução, surgissem provas de que o ato objeto da ação foi realmente ilegal, convencendo a pessoa jurídica de direito público que sua



apontar alguns que a vivência prática da ação de improbidade administrativa nos convidou à reflexão.

opção em ombrear-se ao réu (pela defesa da legalidade do ato) foi errônea. O mesmo raciocínio seria cabível na hipótese inversa (em que, optando a pessoa jurídica de direito público em perfilhar o autor, vem a convencer-se da lisura do ato no curso da instrução). Todavia, aceitar aprioristicamente essa possibilidade em qualquer caso – simplesmente com o genérico apelo ao princípio da supremacia do interesse público – importa em maltrato a diversas outras regras e princípios jurídicos, como a preclusão. Assim, nessa hipótese, e devidamente justificada, à luz de novos elementos trazidos aos autos pela instrução probatória, entendemos ser excepcionalmente possível a inversão de posição por parte da pessoa jurídica de direito público interessada na ação de improbidade administrativa.