

ISBN 85-02-04179-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Procedimentos especiais cíveis : legislação extravagante /
Cristiano Chaves de Farias, Fredie Didier Jr.,
coordenadores. — São Paulo : Saraiva, 2003.

Vários autores.

1. Leis extravagantes - Brasil 2. Procedimentos especiais -
Brasil 3. Processo civil - Brasil I. Farias, Cristiano Chaves de.
II. Didier Júnior, Fredie.

03-3432

1722

CDU-347.919 (81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Procedimentos especiais : Processo civil
347.919 (81)



**Editora
Saraiva**

Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo - SP
Tel.: PABX (11) 3613-3000 — Fax: (11) 3611-3308 — Fone Vendas: (11) 3613-3344
Fax Vendas: (11) 3611-3268 — Endereço Internet: <http://www.editorasaraiva.com.br>

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone/Fax: (92) 633-4227/633-4782
Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas
Fone: (71) 381-5854/381-5895
Fax: (71) 381-0959 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 234-5643 — Fax: (14) 234-7401
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 238-2323/238-1384
Fax: (85) 238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 344-2920/344-2951
Fax: (61) 344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 225-2882/212-2806
Fax: (62) 224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 382-3682 — Fax: (67) 382-0112
Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Padre Eustáquio, 2818 — Padre Eustáquio
Fone: (31) 3412-7080 — Fax: (31) 3412-7085
Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 222-9034/224-9038
Fax: (91) 241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 332-4894
Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246
Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Padre Feijó, 373 — Vila Tibério
Fone: (16) 610-5843
Fax: (16) 610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563
Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

BIBLIOTECA JURÍDICA
HEITOR VITOR SICA

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992)

FLÁVIO CHEIM JORGE

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor do Curso de Graduação e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Processo Civil das Faculdades Integradas de Vitória-FDV; Presidente da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES e da Sociedade Capixaba de Direito Processual; Advogado no Estado do Espírito Santo e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

SUMÁRIO: 1. Noções propedêuticas. 2. A caracterização da improbidade administrativa. 3. A natureza do direito tutelado. 4. A ação civil de improbidade administrativa como adequada para a tutela da probidade administrativa e a inviabilidade da ação civil pública (Lei n. 7.347/85). 5. Competência para julgamento da ação civil de improbidade administrativa. 6. A legitimação ativa para a propositura da demanda. 7. A legitimidade passiva na ação de improbidade administrativa. 8. As ações cautelares na Lei de Improbidade Administrativa. 8.1. A indisponibilidade de bens do agente ímprobo ou de terceiro através de ação cautelar inominada (art. 798 do CPC). 8.2. A ação cautelar de seqüestro de bens do agente ímprobo ou de terceiro. 8.3. O afastamento temporário do agente público do cargo ou da função. 9. Propostas de inovações processuais: as Medidas Provisórias n. 2.180-35 e 2.225-45. 9.1. A modificação da competência em razão da prevenção (MP n. 2.180/35). 9.2. O procedimento especial para a ação civil de improbidade administrativa (MP n. 2.225-45). Bibliografia.

1. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS

A lei objeto da presente abordagem veio regulamentar e disciplinar disposição contida na Constituição Federal de 1988, que, após prever no *caput* do art. 37 que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dispôs no § 4º:

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

A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, veio assim a ocupar o espaço legislativo da norma de eficácia limitada prevista no texto constitucional, regulamentando especificamente as sanções aplicáveis aos agentes públicos em decorrência de atos intitulados de “improbidade administrativa”.

Constitui um marco no direito público brasileiro, cujo papel, como lembra Vera Scarpinella Bueno, é repreender um dado tipo de conduta dos agentes públicos brasileiros¹. Cuida-se, portanto, de disciplina normativa específica, objetivando a regulamentação da responsabilidade do agente público, cuja conduta tenha causado prejuízo ao patrimônio público.

O legislador houve por bem regulamentar três tipos de condutas: as que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); as que causam prejuízo ao erário (art. 10); e as que, a despeito de não causarem prejuízo ao erário, atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11)². E, em função dessas tipificações, disciplinou “penalidades” diferentes no artigo 12, incisos I, II e III, respectivamente para cada uma dessas situações tipificadas.

Não obstante regulamentar e disciplinar o aspecto substancial da responsabilidade do agente público, a Lei, na esteira de muitas outras, cuidou de prever também aspectos de ordem processual e procedimental, tais como inquérito civil, o seqüestro de bens por intermédio de ação cautelar, a ação principal de rito comum ordinário, a intervenção necessária do Ministério Público, entre outros.

Neste trabalho, a preocupação maior será com os aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa, motivo pelo qual as considerações de direito material somente serão utilizadas na medida em que forem úteis para a compreensão do processo.

2. A CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Questão que poderia aparentemente ser de fácil solução, devido aos termos taxativos da lei, mas que de fato comporta análise mais detida, diz

1. Vera Scarpinella Bueno, O art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a Lei de improbidade administrativa, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 388.

2. Quanto à análise individual de cada uma dessas modalidades, vide José Armando da Costa, *Contorno jurídico da improbidade administrativa*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

respeito à caracterização do ato de improbidade administrativa, ou mais especificamente, à perfeita identificação do que venha a ser a improbidade administrativa, para que, por via de consequência, tenha incidência a lei sob comento.

Se analisarmos o texto constitucional, veremos que o constituinte fez constar expressamente do *caput* do art. 37 que o administrador deve obedecer aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência, para depois cuidar especificamente, no § 4º do mesmo artigo, dos atos de improbidade administrativa. Isso tudo a demonstrar que a probidade não se confunde com nenhuma das concepções acima.

A maior dificuldade, que por certo se encontra, advém da tentativa de distingui-la da moralidade. A respeito do assunto, lembra José Afonso da Silva que a imoralidade administrativa é fundamento suficiente para a anulação do ato administrativo, e após enfatizar que ela não se trata de *moralidade comum*³ mas sim *moralidade jurídica*, diz, com base na lição de Hauriou, que “a moralidade administrativa consiste no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”⁴⁻⁵.

De outro lado, quando se analisa o conceito de improbidade, é possível observar que a mesma está diretamente ligada à necessidade do agente público agir sempre, impreterivelmente, com honestidade. A própria terminologia da palavra já carrega em si o seu significado. Improbidade vem do latim *improbitate*, correspondente à desonestidade⁶.

Nesse exato teor e sentido é que Marcello Caetano, quando se refere ao “Dever de probidade”, ensina: “O funcionário deve servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes ou de outrem a quem queira favorecer...”

3. No mesmo sentido Cândido Rangel Dinamarco, acolhendo o parecer de Hely Lopes Meirelles, ao dizer que “ela (a moralidade administrativa) não coincide com a moral comum mas resolve-se na fidelidade às normas inerentes à Administração Pública” (in *Relativizar a coisa julgada material II, Meio Jurídico*, ano IV, abril de 2001).

4. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 616.

5. Sobre o princípio da moralidade administrativa, *vide*, com grande profundidade, Wallace Paiva Martins Junior, *Probidade administrativa*, p. 24 e s.

6. No Dicionário Aurélio Buarque de Holanda “improbidade” significa “1. Falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. Maldade, perversidade”.

O dever de probidade impõe assim ao funcionário uma conduta de absoluta isenção, de modo a que não seja suspeito de prevaricar, de deixar-se corromper ou de por outro modo ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar e defender”⁷.

Com muita propriedade, a doutrina aponta que não se pode deixar de reconhecer na improbidade os traços marcantes da imoralidade. De fato, o que se diz, e corretamente, é que a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada ou uma espécie da qual o gênero é a imoralidade⁸.

Dessa forma, todo o ato de improbidade também é considerado como de imoralidade administrativa, mas nem todo ato de imoralidade pode ser sempre caracterizado como de improbidade administrativa.

Como lembra Marcelo Figueiredo, o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, mais genérico, a determinar a todos os poderes e funções do Estado uma atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, de lealdade, ao passo que a improbidade administrativa é mais restrita, vinculada exclusivamente ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. A probidade, assim, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade⁹.

Feitas essas considerações, revela-nos oportuno concluir que somente se poderá falar em improbidade administrativa quando existir uma desconformidade de conduta do agente público. A tipificação, como se observa, reside justamente na conduta desonesta do agente, que viola de forma consciente e premeditada o princípio da legalidade, com o objetivo precípuo de alcançar uma situação de vantagem para si ou para outrem.

O ato de improbidade, portanto, para ser caracterizado como tal, deve estar marcado pela má-fé, pelo dolo ou pela deslealdade. O que se procura penalizar não é o agente incauto, que por descuido ou mesmo incompetência, tenha praticado um ato que atrite com o princípio da legalidade.

7. Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 684-685.

8. Sobre o assunto, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 616; Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 20 e s.; idem, “Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações”, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 287; Aristides Junqueira, Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 87; Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, p. 99.

9. Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 22.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que “A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”¹⁰, donde se leva a crer que a conduta culposa não é suficiente para que tenha incidência a Lei de Improbidade Administrativa.

Aristides Junqueira chega ao ponto de taxar de inconstitucional a expressão “culposa” contida no *caput* do art. 10 da Lei, visto estar excluída do conceito constitucional da improbidade administrativa a forma meramente culposa da conduta dos agentes públicos¹¹.

Parece-nos que aqui se encaixam perfeitamente os ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld, a respeito do princípio da proporcionalidade, na medida em que o legislador infraconstitucional ampliou sobremaneira o contexto constitucional sobre a improbidade administrativa, sendo carente este art. 10 da Lei de Proporcionalidade e Razoabilidade¹². É que, como diz o referido professor, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (= princípio da ‘justa medida’) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote ‘cargas coativas excessivas’, ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos”¹³.

10. “Ementa. Administrativo — Responsabilidade de Prefeito — Contratação de pessoal sem concurso público — Ausência de prejuízo. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/92. A Lei alcança o administrador desonesto, mas não o inábil (STJ, REsp. 213.994-MG, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, j. 17-08-1999, DJU, 27-09-1999). Em igual sentir, decidiu-se: “Ementa. Ação Civil Pública. Agente. Ressarcimento. Dolo. Culpa. Lesão. Dano. Erário. Culpa subjetiva. Culpa objetiva. Para que surja para o agente público o dever de ressarcir, mister que se comprove que sua atuação foi dolosa ou culposa bem como que houve lesão ou dano ao erário público, aplicando-se, por conseguinte, a teoria da culpa subjetiva, não havendo que se falar em culpa objetiva para o agente público, apenas para a Administração” (TAMG, Ap. 0269649-5, 2ª C., Rel. Juiz Edivaldo George, j. 09-03-1999). Interessante consignar, que neste julgado, tratava-se de situação fática onde o Prefeito teria realizado compras, sem o regular procedimento licitatório, e mesmo diante dos termos expressos do art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, considerou-se inexistir ato de improbidade administrativa, eis que não ficou demonstrado ter havido superfaturamento nas compras realizadas pelo Município.

11. Aristides Junqueira, *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 89.

12. Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 82.

13. Carlos Ari Sunfeld, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 70.

Assim sendo, se pode concluir que somente serão considerados atos de improbidade administrativa aqueles praticados pelos agentes públicos, com desonestidade (má-fé e dolo), que importem em enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário e que, independentemente do prejuízo, atentem contra os princípios da administração.

3. A NATUREZA DO DIREITO TUTELADO

O legislador constituinte fez constar expressamente no § 4º do art. 37 as penalidades a serem aplicadas aos agentes públicos como sanção decorrente da prática de atos de improbidade administrativa. Disse que as mesmas comportariam a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, “sem prejuízo da ação penal cabível”; quer dizer, a Constituição Federal é expressa no sentido de que as sanções teriam natureza diversa da penal, na medida em que deixa claro em sua parte final que tais sanções seriam aplicáveis “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Por esta razão, é de criticar a terminologia contida na Lei n. 8.429/92, quando utiliza termos afetos ao direito penal, tais como: intitular o Capítulo III de “Das Penas”; intitular o Capítulo VI de “Das Disposições Penais”; classificar os atos de improbidade de acordo com a “Pena” estabelecida; atribuir ao juiz cível (não penal) critério semelhante ao da dosimetria da pena (art. 12, parágrafo único) etc.

A preocupação aqui reside na possibilidade equivocada de se entender que as sanções de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, como fez o art. 20, inserto no Capítulo VI, intitulado “Das Disposições Penais”, teriam natureza penal. É que, se assim se proceder, inúmeros aspectos processuais estariam diretamente comprometidos.

Isso sem mencionar o problema que poderia advir no que diz respeito à competência, tratada isoladamente em outra parte deste trabalho. Por certo que repercussão também existiria no que tange à cumulação de pedidos, expressamente, consignada pelo legislador.

Como já tivemos oportunidade de escrever, em companhia do Professor Marcelo Abelha Rodrigues, o legislador “admitiu explicitamente a cumulação de pedidos mediatos (indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos), mesmo considerando que estas duas últimas sanções teriam índole penal. Quer dizer, pretende o legislador que sejam cumuladas pretensões, segundo

o seu entendimento, de natureza civil e penal. Ora, como admitir tal compreensão, quando se sabe que o procedimento ordinário (sugerido no art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/92) faz parte do procedimento comum, que por sua vez é o rito estabelecido para o processo de conhecimento do Código de Processo Civil, onde se lê no art. 2º, que referido diploma somente se aplica para a jurisdição civil (não penal), sendo, portanto, impensável cumular-se demanda de natureza penal e civil.

Toda essa crítica poderia levar à conclusão, não tão descabida assim, de que a lei, em sua grande parte, seria manifestamente inoperante. Todavia, graças à clareza do texto constitucional, e da sua supremacia em relação à lei específica, restou bem nítida a posição da Carta Magna ao isolar as sanções tão comentadas daquelas que seriam objeto de uma ação penal típica¹⁴.

Por tais motivos, se pode concluir, sem hesitar, que todas as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa são de natureza não penal, devendo-se, por isso, serem julgadas e apreciadas pelo juízo cível¹⁵.

4. A AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO ADEQUADA PARA A TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A INVIABILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI N. 7.347/85)

A Lei de Improbidade Administrativa destaca que os atos de improbidade poderão ser praticados “por qualquer agente público” (art. 1º), entendendo-se este como “aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (art. 2º).

De outra parte, o mesmo art. 1º dispõe que os atos de improbidade poderão ser praticados contra a “administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal,

14. Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, *A tutela processual da proibidade administrativa*, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 177.

15. Essa foi também a conclusão a que se chegou no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, através da Ementa n. 9, conforme ressaltou o ilustre Promotor de Justiça e Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Marcelo Zenkner: “As sanções por atos de improbidade administrativa não são de natureza penal” (*Improbidade administrativa: preceitos da lei*, *Jornal A Gazeta*, 25-07-2000, p. 5).

dos Municípios, de Território, e de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”.

Objetiva, portanto, a lei, como se pode notar da leitura dos seus dois primeiros artigos acima mencionados, a proteção do patrimônio público, expressão multiplamente utilizada pela mesma.

Com efeito, o patrimônio público é formado pelo conjunto de bens públicos, que se encontram definidos no art. 66, incisos I a III, do Código Civil, sendo composto, assim, não só dos bens que pertencem ao povo (difusos), e que são geridos pelo Estado, mas também dos bens dominicais, quais sejam, os que constituem objeto de direito pessoal ou real de cada um dos entes públicos, encartando-se aqui, tal qual na Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), também as empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar de encontrarem-se sujeitas ao regime próprio das empresas de direito privado (art. 173, II, da Constituição Federal de 1988).

De se lembrar, também, que bem antes da edição da Lei n. 8.429/92, já existiam em nosso ordenamento jurídico remédios processuais específicos para a tutela do patrimônio público.

A pioneira é a Ação Popular, prevista na Lei n. 4.717/65, e consagrada na Constituição Federal desde 1934, e que, na atual Carta Política, art. 5º, LXXIII, encontra-se voltada para a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural¹⁶.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 7.347/85, que consagrou a Ação Civil Pública. Destinada, num primeiro momento, às tutelas ressarcitória, inibitória e cominatória do direito ao meio ambiente e do consumidor, posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 129, III) e do Código de Defesa do Consumidor, teve o seu âmbito de incidência ampliado para qualquer direito difuso ou coletivo. Mais que isso, permitiu-se a utilização de qualquer tipo de tutela para a proteção desses direitos, criando, ainda, o que poderíamos chamar de sistema processual coletivo,

16. Art. 5º, LXXIII, da CF/88: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

consistente num repositório de normas processuais formado pela integração da Lei de Ação Civil Pública com o Título III do Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, percebe-se que a Lei de Improbidade Administrativa fez surgir, ao lado da Ação Popular e da Ação Civil Pública (*stricto sensu*), uma nova Ação Coletiva, proposta por um ente coletivo (Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público) para a defesa de um direito igualmente coletivo (patrimônio público).

A dúvida que surge, imediatamente, é se as outras duas tutelas anteriormente existentes serviriam também para responsabilizar o agente público pela prática de atos de improbidade administrativa. Ou, por outras palavras, existiria uma fungibilidade entre as demandas para a tutela da probidade administrativa?

Segundo Marcelo Figueiredo isso não seria possível. Para esse autor, a resposta negativa residiria no fato de a Ação Civil Pública ter por objeto central a responsabilização ou indenização; enquanto a Ação Popular teria por objeto central a invalidação do ato¹⁷. Essas duas ações, assim, não atingiriam ao objeto pretendido pelo legislador.

Também negando a utilização da Ação Popular e da Ação Civil Pública para a tutela da probidade administrativa manifesta-se Aristides Junqueira. Segundo afirma, a primeira somente pode ser utilizada quando “a conduta administrativa lesiva ao patrimônio público não é marcada por forma qualificada de imoralidade administrativa”, ao passo que a segunda, quando “um ato administrativo causa lesão ao patrimônio público, com ou sem a pecha da imoralidade administrativa, mas nele ausente o caráter de improbidade”¹⁸.

Com efeito, segundo nos parece, não existem razões suficientes para obstar a utilização da Ação Popular para o controle da probidade administrativa. Em primeiro lugar, em razão da Ação Popular, ao contrário do que se afirmou, servir também para, além de anular o ato lesivo ao patrimônio público, condenar o responsável ao pagamento de perdas e danos, conforme expressamente previsto no art. 11 da Lei n. 4.717/65. Em segundo

17. Marcelo Figueiredo, Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 291.

18. Aristides Junqueira, Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 89.

lugar, não existe ressalva alguma na Lei da Ação Popular de que a imoralidade ali prevista não pode também representar um ato de improbidade administrativa. E, em último lugar, o argumento que entendemos como o mais relevante para o cabimento da Ação Popular, qual seja, o de que defender posição contrária seria cercear a participação política do cidadão, impossibilitando-o de utilizar-se de mecanismo a ele garantido pela própria Constituição Federal, para defesa e controle do patrimônio público e da moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII, CF/88)¹⁹. Acresça-se, ainda, a este último argumento, o fato de o cidadão não possuir legitimidade para a propositura da ação civil prevista na Lei de Improbidade Administrativa.

Já no que tange à Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), pensamos que, apesar de ser possível a sua utilização para qualquer tipo de tutela, na defesa dos direitos difusos e coletivos, parece-nos inegável que a adoção do rito ordinário pela Lei n. 8.429/92, para a defesa dos direitos nela consagrados, afasta por completo o sistema processual coletivo consagrado na Lei de Ação Civil Pública²⁰.

A pedra de toque, portanto, da impossibilidade de utilização da Ação Civil Pública, para a tutela da probidade administrativa, é o procedimento escolhido pelo legislador, incompatível com o sistema processual coletivo.

Como escrevemos, ao lado do ilustre Professor Marcelo Abelha Rodrigues, “por expressa determinação do art. 17, *caput*, da Lei 8.429/94 o procedimento a ser adotado na ação civil de improbidade administrativa é o ordinário, qual seja, o procedimento padrão previsto no CPC (art. 270 e ss.) e que é subsidiário de todos os demais.... A obrigatoriedade do uso deste procedimento faz com que se afaste a possibilidade de se utilizar o *sistema processual coletivo* (Lei de Ação Civil Pública + Título III do Código de Defesa do Consumidor) como repositório de normas que deveriam reger o procedimento de demandas propostas com base nesta lei. Isso porque consoante expressa determinação do art. 90 do CDC, apenas

19. Para um mais profundo estudo sobre a atipicidade do direito de ação e sobre a expansão das vias de acesso ao Judiciário, vide Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, Meios processuais para a efetivação do direito do credor titular de compromisso de compra e venda registrado e a ausência de tipicidade de ações no sistema processual brasileiro, *Revista de Processo*, n. 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 210 e Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999.

20. Com o mesmo posicionamento, Pedro da Silva Dinamarco, Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 332.

subsidiariamente é que se aplicaria a regra do procedimento ordinário às ações coletivas regidas por referido *sistema coletivo*. Porém, salienta-se que o fato de a Ação Civil de Improbidade Administrativa ser uma ação que segue o procedimento ordinário não lhe retira a natureza de ação coletiva *tout court*, uma vez que é ajuizada pelo ente coletivo para a tutela de patrimônio público.

Fazendo uma interpretação do texto legal, parece que o legislador quis que o procedimento ordinário fosse o escolhido, porque tinha em mente a finalidade de preservar direitos sagrados do ser humano (exercício de função pública e direitos políticos); ou seja, adotando-se referido procedimento, tem-se a certeza de que haverá larga dilação probatória, amplo e irrestrito debate, possibilitando que o magistrado decida com a máxima segurança.

Por outro lado, justamente para evitar que a ‘burocracia’ do procedimento ordinário tivesse um efeito deletério na efetiva realização da tutela jurisdicional, o legislador o temperou com algumas regras insertas na própria Lei n. 8.429²¹, como será visto com mais vagar neste trabalho.

Daí, portanto, conclui-se que a Ação Civil Pública, inserta na Lei n. 7.347/85, não pode ser utilizada para a tutela da probidade administrativa.

5. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Problema dos mais tormentosos quando se estuda a Ação Civil de Improbidade Administrativa diz respeito ao órgão competente para o seu julgamento. A dificuldade ora noticiada reside no fato de ser uma demanda proposta contra agentes públicos, nas suas mais diversas esferas de poder e que visa, além do ressarcimento dos danos causados, a perda da função do agente e a suspensão de seus direitos políticos.

E, assim sendo, existindo essa penalidade de natureza político-administrativa, de imediato se coloca em discussão a incidência ou não da denominada “Competência por Prerrogativa de Função”, isto é, a prerrogativa que certos agentes possuem de serem processados e julgados perante órgãos diferentes daqueles que normalmente conheceriam as lides pertinentes a cidadãos destituídos dessas especiais funções e encargos públicos.

21. Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, A tutela processual da probidade administrativa, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 183.

Diante deste contexto, por força da Constituição Federal, os Prefeitos somente serão julgados pelo Tribunal de Justiça respectivo (art. 29, IX); o Presidente da República, o Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, o Procurador Geral da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal somente serão processados e julgados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de crimes comuns (art. 102, I, a); ao passo que os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; os membros dos tribunais superiores e os do Tribunal de Contas da União também serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade (art. 102, I, b). Prerrogativas também possuem os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, nas hipóteses de crime comum, 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 os Tribunais, de serem julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a).

Se a Ação Civil de Improbidade Administrativa visasse unicamente à reparação de danos, mesmo que proposta em face de qualquer um dos agentes públicos acima mencionados, dúvida não existiria de que o competente para julgá-la e apreciá-la seria o juízo de primeiro grau, tal qual ocorre com a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e a Ação Popular (Lei n. 4.717/65), conforme se tem reconhecido de forma pacífica em sede doutrinária e sobretudo jurisprudencial, pelo Supremo Tribunal Federal²².

No entanto, justamente em razão dessa penalidade, de natureza político-administrativa, é que se torna questionável a competência do juízo de primeiro grau para aplicá-la.

De início, é de se ressaltar que a matéria é extremamente divergente, até mesmo no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verá em seguida.

A corrente que sustenta a incidência da competência por prerrogativa de função para a Ação Civil de Improbidade Administrativa, argumenta com os seguintes fundamentos: “trata-se de uma ação civil com forte conteúdo

22. *RTJ*, 121/17, rel. Min. Moreira Alves; *RTJ*, 141/344, rel. Min. Celso de Mello; *RTJ*, 159/28, rel. Min. Ilmar Galvão.

penal; a sentença condenatória proferida nessa peculiar ação civil é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória; não seria razoável que até mesmo o Presidente do Supremo Tribunal Federal pudesse ter os seus direitos suspensos e decretada a perda de seu cargo por decisão de um juiz de primeiro grau”²³; além disso, “é absolutamente incontestável a vigência em nosso ordenamento jurídico-constitucional do princípio da hierarquia, segundo o qual um juiz de grau hierárquico inferior somente pode ser processado e julgado, por crime comum, de responsabilidade, por conduta funcional ou eventual prática de ato de improbidade administrativa, por juiz de igual ou superior grau hierárquico”²⁴.

Há ainda um outro argumento, pouco explorado, mas que no nosso modo de ver é o mais importante para a defesa da competência por prerrogativa de função. Referimo-nos à disposição expressa contida na Constituição Federal, quando, ao relacionar os considerados crimes de responsabilidade que podem ser praticados pelo Presidente da República, arrola especificamente o ato de improbidade administrativa. Eis o que diz o art. 85, inciso V, da CF/88: “Art. 85: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V — a probidade administrativa”.

Ora, pelo que se pode notar, o próprio legislador constituinte relacionou o crime de responsabilidade com a improbidade administrativa. E, na verdade, nem precisaria fazê-lo, porque sendo o crime de responsabilidade aquele cometido pelos agentes públicos, no exercício de suas funções públicas e em decorrência desse exercício (delitos de natureza funcional), por certo que os atos de improbidade, marcados acentuadamente pela desonestidade, tipificam o mencionado crime²⁵. Talvez, exatamente por esse motivo, é que tenha o legislador inadvertidamente se utilizado de expressões tipicamente de natureza penal.

23. Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, A competência para julgar ação de improbidade administrativa, *Revista de Informação Legislativa*, n. 138, p. 214-215.

24. Sebastião Botto de Barros Tojal e Flávio Croce Caetano, Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 362-363.

25. Cf. Tito Costa, *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37.

Assim sendo, seria possível sustentar que todas as vezes que uma ação de improbidade administrativa visasse uma pena político-administrativa, estar-se-ia diante de uma situação em que se poderia dar ensejo à utilização de uma ação penal por crime de responsabilidade, residindo, aí, portanto, a relação causal que possibilitaria concluir pela existência da competência por prerrogativa de função.

Não obstante esses ponderáveis argumentos, pensamos que não se trata a presente de hipótese de “Competência por Prerrogativa de Função”²⁶.

Foi nesse sentido a decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, numa Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público contra todos os que participaram da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo. Essa decisão foi proferida em sede de reclamação interposta por um dos réus, que na qualidade de Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, entendia que o ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa perante o Juízo da 12ª Vara Federal de São Paulo usurpava a competência do Superior Tribunal de Justiça.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo desse Tribunal, houve por bem negar provimento à reclamação, tomada sob o n. 591-SP, através de acórdão assim ementado:

“EMENTA: Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º; Código Civil, arts. 159 e 1.518; Leis n. 7.347/1985 e 8.429/1992) — Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública — Foro por prerrogativa de função (membro de TRT) — Competência — Reclamação.

1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ.

2. Competência não se presume (Maximiliano, *Hermenêutica*, 265), é indisponível e típica (Canotilho, in REsp n. 28.848, *DJ* de 2-8-1993). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva.

3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, *a*), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por

26. Segundo Sérgio Ferraz, *Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa*, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 370: “É claro que atos de improbidade administrativa poderão, em circunstâncias concretas, tipificar um crime (v. g. arts. 321, 322 do CP). Mas, decididamente, não é disso que cuida a lei. A decorrência mais notável dessa natureza da ação é inaplicabilidade, aqui, das regras de foro especial pertinentes a crimes comuns e de responsabilidade. Ou seja, a ação será ajuizada no primeiro grau de jurisdição. Sem prejuízo, é claro, de, configurada que seja, ou venha a ficar, a prática de crime, deduzir-se a ação penal — aí, sim, no foro especial preconizado constitucionalmente”.

atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de 1º grau.

4. *De lege ferenda*, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais.

5. À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação²⁷.

Como se pode observar, a situação é tão peculiar que o próprio Superior Tribunal de Justiça, mesmo reconhecendo a competência do juízo de primeiro grau, chegou ao ponto de mencionar na ementa do acórdão que se “impõe a urgente revisão das competências jurisdicionais”.

De fato, em que pese as dificuldades, pensamos como já noticiado, que atualmente não há que se falar na competência por prerrogativa de função.

O primeiro argumento, que nos conduz a essa conclusão, diz respeito ao fato de não se estar diante de uma demanda de “forte conteúdo penal”. Com o devido respeito àqueles que sustentam em sentido contrário, não há natureza criminal e tampouco influência na liberdade humana. O que existe, e quanto a isso não se pode negar, é uma sanção de natureza político-administrativa, consistente na perda da função e na suspensão dos direitos políticos²⁸⁻²⁹⁻³⁰.

27. STJ, Reclamação 591-SP, Corte Especial, rel. Min. Nilson Naves, v.m., j. 01-12-1999, in *RSTJ*, 137/17.

28. Interessante citarmos o alvitre de Giuseppe Bettioli, *Direito penal*, III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 69, ao comentar sobre a caracterização da sanção penal: “No que concerne a pena, esta é certamente uma reação da ordem jurídica contra o fato ‘qualificado’ como crime (...) Numa visão teleológica do direito penal que é a mais aderente à realidade, a pena pode dizer-se ‘conseqüência’ jurídica do crime, porque é o meio de que se serve o ordenamento jurídico após a prática de um crime para reagir à lesão do bem jurídico, para ‘fagocitar’ desse modo o próprio crime”. Como o ato de improbidade administrativa não é definido como crime, a não ser na hipótese do art. 85, V, da CF, não há que se falar sequer em natureza penal da sanção contra ele imposta, nas diversas outras hipóteses de sua ocorrência, sepultando-se, assim, a questão.

29. O que caracteriza a sanção como penal, civil ou administrativa é a natureza do ato sobre o qual ela incidirá. Assim, se é tido como crime de responsabilidade do presidente o ato de improbidade, a sanção que incide sobre sua pessoa, de caráter punitivo, é penal. Veja-se, inclusive, que para a averiguação do crime de responsabilidade do presidente não é necessária a materialidade do delito, ou seja, a ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento, na última das hipóteses aventadas na Lei n. 8.429/92, art. 11, sendo caracterizado nessa situação, portanto, o crime de mera conduta.

30. Uma explicação que pode existir para essa disparidade de tratamento do problema da improbidade administrativa, em relação ao presidente da República, que tem atos seus dessa modalidade descritos como crimes pode ser explicada pelo importantíssimo papel

Portanto, estamos diante de uma demanda com natureza extrapenal, que foge por completo da índole essencialmente penal contida no texto constitucional e nas demais Constituições dos Estados para fixação da competência por prerrogativa de função.

De outra parte, apesar de não deixarmos de reconhecer a importância da interpretação lógico-extensiva em matéria de competência, difundida por Canotilho³¹, pensamos que a mesma não pode ter incidência na hipótese vertente. É que, conforme ressaltou o Ministro Milton Luiz Pereira, em seu voto na reclamação citada, “porque tudo o que diz respeito à jurisdição e competência jurisdicional, no estado de direito, subordina-se ao princípio da reserva legal, obviando-se que, *potesta propria*, o Judiciário não pode atribuir-se jurisdição, como não delimitá-la, fixando competência para seus órgãos”. Além disso, interpretação diferente, conduziria, por certo, à violação do “princípio do juiz natural”, garantia constitucional (art. 5º, XXXVII, CF/88) não só para o réu, mas também para o autor, que em tal hipótese, estaria sendo completamente privado dela.

Assim, nem mesmo o argumento de que a prática de um ato de improbidade administrativa pode caracterizar, ou mesmo caracteriza, um crime de responsabilidade, poderia conduzir à incompetência do juízo de primeiro grau para o julgamento da ação civil de improbidade administrativa.

Isso se pode aferir através da observação de que a demanda em referência tem por objeto tutelar a sanção extrapenal, ou seja, civil, com todo um procedimento específico para esse fim, com características peculiares no que diz respeito às provas, sobretudo pericial, à oitiva de testemunhas, realização de audiência, prolação de sentença etc. Enfim, as características essenciais deste tipo de demanda não se harmonizam com os preceitos e peculiaridades que regulamentam a competência por prerrogativa de função.

Ao lado disso, como se pode expressamente cumular pedidos de reparação de danos com pedidos de natureza político-administrativa,

por ele representado, como maior expoente do Estado brasileiro, interna e externamente. Tamanho poder e responsabilidade devem ser desempenhados com a maior lisura possível, sendo um seu ato contrário um desrespeito a 170 milhões de pessoas.

31. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 239.

questionável seria também a própria competência desses órgãos especiais para julgar e apreciar pedidos com essa natureza. Servindo-se do exemplo da Ação Civil de Improbidade Administrativa ajuizada em São Paulo, relativamente à construção do Fórum Trabalhista, onde figuraram como réus a União, Délvio Buffulin, Nicolau dos Santos Netto, Incal Incorporadora S/A, Monteiro de Barros Filho entre outros, é de se indagar se o Superior Tribunal de Justiça teria competência para condenar todos esses réus ao pagamento de indenização por perdas e danos. Ou ainda, como uma ação dessa envergadura, com todas as peculiaridades fáticas e probatórias, todas ocorridas em São Paulo, poderia ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça?

Parece-nos que nem mesmo o argumento da perplexidade, quer dizer, o espanto causado com a possibilidade, por hipótese, de um juiz de primeiro grau provocar o afastamento de Ministro do Supremo Tribunal Federal, poderia conduzir à violação do princípio do juiz natural.

Por outro lado, não se pode esquecer que somente se pode falar em hierarquia quando também se pode falar em atribuições. Por isso, o Supremo Tribunal Federal ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça somente é hierarquicamente superior ao juízo de primeiro grau, naquelas matérias em que ambos possuem competência para apreciá-las, de modo que competirá aos tribunais superiores, no julgamento de recursos interpostos contra decisões dos juízos inferiores, confirmá-las ou reformá-las.

Assim sendo, uma de duas: ou o Tribunal que teria “Competência por Prerrogativa de Função” é também o competente para o julgamento do recurso proferido pelo juízo de primeiro grau, e, portanto, a hierarquia estará respeitada, na medida em que a sua decisão prevalecerá sobre a do juízo monocrático; ou então, o Tribunal que teria “Competência por Prerrogativa de Função” não tem competência para o julgamento do recurso e então definitivamente não haveria que se falar em quebra da hierarquia.

Por tais motivos, concordamos integralmente com o voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que no julgamento da reclamação acima, dessa forma concluiu: “o fato de um juiz de 1º grau de jurisdição ter poderes para despojar da função um membro de tribunal superior não elide nem afasta a circunstância de que tal decisão (final ou interlocutória) encontra instrumental mais que suficiente no Código de Processo Civil para ser alcançada

pelo efeito suspensivo, de modo que opere sua eficácia apenas quando o tribunal superior vier a confirmá-la”³².

6. A LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A PROPOSITURA DA DEMANDA

A simples leitura da Lei n. 8.429/92 indica a existência de dois legitimados para a propositura da Ação Civil de Improbidade Administrativa, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17). A natureza dessa legitimação é concorrente e disjuntiva, de modo que ambos encontram-se em igualdade de condições para a propositura da demanda, não podendo a atuação de um conduzir ao afastamento da participação do outro.

Em que pese a preocupação maior do legislador constituinte na proteção do patrimônio público, o cidadão não se encontra legitimado para a sua defesa, através da propositura da ação de improbidade administrativa. Conferiu-se ao cidadão, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, um outro meio de tutela da moralidade administrativa, qual seja, a Ação Popular. Assim, pretendendo combater a imoralidade e até mesmo a improbidade, poderá o cidadão fazer uso da ação popular (Lei n. 4.717/65), com a disciplina nela prevista, mas não se utilizar da Ação Civil de Improbidade Administrativa.

32. Por idênticos motivos é que compete ao juízo de primeiro grau conhecer e julgar ação civil de improbidade administrativa que tenha por objeto o julgamento de prefeitos: “1. A Lei Federal n. 8.429/92 inexige que a improbidade administrativa tipificada em seu art. 10 advenha de sentença transitada em julgado, nem tampouco o disposto em seu art. 17 torna obrigatória precedente ação cautelar, impondo-se reconhecer que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação pelo rito ordinário de perda de função pública contra prefeito acusado de contratação irregular de servidores” (STJ, ROMS 6208/SP, 6ª T., rel. Min. Anselmo Santiago, DJ, 15-03-1999, p. 287); “Prefeito municipal — Ação declaratória de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público — Pretensão condenatória de natureza cível — Reparação de danos — Rito ordinário — Retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito. 1) Em se tratando de causa cuja natureza se configura em pretensão declaratória de improbidade administrativa, cumulada com pertinente condenação em face de ilícito civil, não se confere competência ao Tribunal de Justiça para o julgamento de Prefeitos, por não se constituírem em cometimento de crime comum ou de responsabilidade” (TJES, Ap. 100.970.011.043, Rel. Des. Antonio José Miguel Feu Rosa, j. 10-03-1998); “A competência originária do Tribunal de Justiça para conhecer e julgar os Prefeitos Municipais restringe-se ao campo penal, não às ações popular e civil pública que são de competência do juízo monocrático. A perda do cargo público e dos direitos políticos somente se dá com o trânsito em julgado da ação (*ex vi* do art. 20, *caput*, Lei n. 8.429/92)” (TJRO, AI 99.002.656-6, rel. Des. Eurico Montenegro).

Quando o legislador mencionou a respeito da legitimidade da pessoa jurídica interessada, é preciso ter presente que está inequivocamente se referindo àquelas insertas no art. 1º da Lei, a saber, administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual.

A administração, portanto, pode e deve atuar em defesa própria, visando o ressarcimento dos danos causados ao seu patrimônio e na punição daquele agente, que violando o princípio da moralidade, beneficiou-se, ainda que indiretamente, do poder que lhe foi conferido.

Imprescindível apenas que haja respeito à pertinência subjetiva entre a pessoa jurídica prejudicada e o ato de improbidade que tenha surtido, em sua esfera, os efeitos negativos. Por isso, se o ato de improbidade foi praticado contra uma determinada empresa de economia mista do Estado, será esta empresa a legitimada à propositura da demanda; se o ato for praticado por um Secretário Municipal, será o Município o legitimado; se o ato for praticado por um Secretário de Estado, será o próprio Estado o legitimado; e assim sucessivamente.

A conotação mais importante, no entanto, é dada quando se cuida de precisar da legitimação do Ministério Público para a propositura da Ação Civil de Improbidade Administrativa. Falamos aqui em mais importante por dois motivos: o fato de ser justamente o Ministério Público, em sua imensa maioria, o autor das ações de improbidade administrativa; e os questionamentos passíveis de incidir a respeito da constitucionalidade de sua legitimidade.

A despeito de haver a previsão expressa na Lei n. 8.429/92, quanto à legitimidade do Ministério Público, não se pode olvidar que a seara adequada para aferi-la encontra-se especificamente no texto constitucional. É a própria Constituição Federal de 1988 que traça normas gerais de atuação do Ministério Público, dando-lhe os contornos de sua função e também impondo-lhe uma série de vedações.

Prescreve o art. 127 da CF/88 que ao Ministério Público incumbe a defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, ao passo que o art. 129, III, afirma que são funções institucionais do Ministério Público “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”.

Em consonância com a maioria absoluta da doutrina, ensina José Marcelo Menezes Vigliar que existe perfeita harmonia entre as funções destinadas ao Ministério Público (art. 127 da CF) e a defesa da probidade administrativa, constituindo-se tanto o patrimônio público quanto a probidade administrativa de modalidade de interesses transindividuais, e ambos de natureza indisponível³³.

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradas vezes, também já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a tutela da probidade administrativa, conforme expressiva ementa: “O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento segundo o qual tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, visando ao ressarcimento de danos ao erário público”³⁴.

Em sentido contrário, posiciona-se, de forma enfática, o ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco. Segundo argumenta, o patrimônio público e social, previsto no art. 129, III, da CF, somente pode ser relacionado aos chamados *interesses difusos ou coletivos*, os quais não têm e nem podem ter um titular personificado. Desse modo conclui não estar o Ministério Público legitimado para defender o patrimônio de entidade estatal ou paraestatal, visto haver previsão expressa no art. 129, IX, da CF que veda expressamente ao Ministério Público “(...) a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Prossegue ainda Cândido Rangel Dinamarco, ao comentar o art. 25 da Lei Nacional do Ministério Público, que “ocorre claramente o patrocínio, ou representação judicial, que a Constituição veda. Ao encarregar o *Parquet* de iniciativas com objetivos patrimoniais, o dispositivo infraconstitucional em exame produziu uma superposição conotada de intolerável incompatibilidade”³⁵.

33. José Marcelo Menezes Vigliar, “Pode o Ministério Público combater a improbidade administrativa?”, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 238-239.

34. STJ, REsp 119.827/SE, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, DJ, 01-07-1999, p. 121. No mesmo sentido vide: REsp 154128/SC, 1ª T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, RSTJ, 115/124; REsp 196.932/SP, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, DJ, 18-03-1999; REsp 213.714/MG, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, DJ, 05-08-1999; REsp 199.478-MG, 1ª T., rel. Min. Gomes de Barros, RSTJ, 136/114.

35. Cândido Rangel Dinamarco, “Inadmissibilidade da ação civil pública e ilegalidade do Ministério Público”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 420.

Parece-nos efetivamente que o ponto nodal da questão encontra-se na defesa do Ministério Público de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, e principalmente aquelas que fazem parte da administração indireta.

O problema realmente existe, porque esses bens, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, fazem parte do patrimônio público, e como tais expressamente tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa. Ora, o “patrimônio público é formado pelo conjunto de bens públicos, que se encontram definidos no art. 66, I a III, do Código Civil... Portanto, fazem parte do patrimônio público os bens que pertencem ao povo (difusos), e que são geridos pelo Estado, e também os bens dominicais, quais sejam, os que constituem objeto de pessoal ou real de cada um dos entes públicos... também as empresas públicas e sociedades de economia mista integram esse conceito de patrimônio público, embora, por força o art. 173, II, encontram-se sujeitas ao regime próprio das empresas de direito privado”³⁶.

Por tais motivos, não há que se negar que a discussão residiria especialmente naquelas situações onde o Ministério Público estaria pretendendo o ressarcimento de danos causados a uma empresa de economia mista ou mesmo uma empresa pública, que por força da própria Constituição Federal, art. 173, inciso II, são sujeitas ao regime das sociedades de direito privado. Basta imaginar, por exemplo, o Ministério Público pleiteando o ressarcimento de danos causados por um diretor de um banco estadual; ou o ressarcimento de danos causados a uma empresa cujo Estado tem participação acionária destinada ao abastecimento e tratamento de água.

Inegável, parece-nos, que nessas últimas hipóteses mencionadas, a legitimidade do Ministério Público encontra obstáculo intransponível no próprio texto constitucional, que veda expressamente ao Ministério Público “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129, IX, CF).

Daí a conclusão certa de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que “a incompatibilidade constitucional aqui reiterada decorre (a) de uma intolerável invasão do campo da ação popular, tratando-se de defesa do patrimônio material de uma pessoa jurídica de direito público; (b) da conceituação legal de direitos e interesses difusos, que impede incluir entre estes, na interpretação do texto constitucional (art. 129, inc. III), os

36. Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, “A tutela processual da probidade administrativa”, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 178.

direitos e interesses de pessoas jurídicas de direito público; (c) a indispensabilidade do advogado, constitucionalmente afirmada e garantida (art. 133), a qual tem por corolário o veto a ampliações de legitimidade do Ministério Público, além do que a Constituição Federal prevê e permite”³⁷.

7. A LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste particular, é de se ressaltar que o legislador procurou alcançar o maior número de responsáveis possíveis, muitas vezes equiparando-os àqueles que efetivamente militam de forma direta no trato com a coisa pública. Uma simples leitura do art. 1º da lei sob comento já permite demonstrar a extensão estabelecida.

O art. 1º fala em ato de improbidade administrativa praticado por qualquer agente público, servidor ou não, contra administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Por essa redação cremos que também poderão praticar atos de improbidade administrativa, e portanto, serem incluídos no pólo passivo da demanda civil, os integrantes do Poder Judiciário, do Executivo, do Legislativo e até mesmo membros do Ministério Público.

E o mais notável é que, quando examinamos a possibilidade de os parlamentares praticarem atos de improbidade administrativa, notamos que neste caso específico os mesmos não estão acobertados pelo manto da imunidade criminal. Aqui, por se tratar de ação de natureza não penal, os parlamentares poderão ser processados sem a necessidade de autorização do órgão a que estão vinculados e perante o juízo de primeiro grau.

Isto é, praticando um ato de improbidade administrativa, o parlamentar poderá ter os seus direitos políticos suspensos e conseqüentemente perder o seu mandato, por meio de uma sentença proferida por um juiz de primeiro grau e, principalmente, sem que o autor da demanda tenha que aguardar qualquer autorização do órgão ao qual o parlamentar está vinculado.

37. Idem, ibidem.

Não se pode deixar de registrar que neste ponto reside, talvez, uma das inovações mais contundentes dessa lei, tendo em vista a já sabida e consabida “imunidade parlamentar”, no sentido literal da palavra, existente em nosso país, por meio da qual os políticos, literalmente protegidos por outros políticos, deixam de responder pela prática de inúmeros atos, os quais, caso tivessem sido praticados por cidadãos comuns, teriam consequências bastante distintas.

Enfim, por meio do *caput* do art. 1º observa-se a intenção do legislador de ampliar o âmbito de abrangência do que se entende por “Administração”. Nota-se claramente que a *ratio legis* volta-se para o controle dos “dinheiros públicos” (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico) em todo espectro da Federação brasileira e em todas e quaisquer categorias de empresas e órgãos públicos, entidades ou empresas particulares relacionadas na lei”³⁸.

Neste exato sentido é que já se admitiu a ação civil de improbidade administrativa visando a tutela do patrimônio de sociedade de economia mista, sob o correto fundamento de que “na ação de defesa do patrimônio de uma empresa (economia mista), o que está em jogo é o interesse público, objeto final da ação civil pública; público o patrimônio da companhia em sua maior parte, está em jogo o interesse coletivo”³⁹. Ou ainda Ação de Improbidade contra diretores de Fundação mantida pelo Estado, com motivação de que “As fundações, vinculadas e mantidas por entidades de direito público, confundem-se, em razão de verba oriunda da Administração Pública, com a própria entidade pública de que se originaram. 2. Os diretores de tais entidades assemelham-se aos agentes públicos, porque são nomeados e demitidos por atos de Administração Pública e gerenciam verba pública”⁴⁰.

De se registrar também a grande abrangência prescrita no art. 2º ao cuidar especificamente do “agente público”, onde se expressam, minudentemente, as equiparações possíveis de ocorrer e a total irrelevância, para fins da lei, da forma com que o “agente público” se relaciona com a Administração, ou seja, se “transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de

38. Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 29.

39. TJSP, 7. C. de Direito Público, AI 31.557-7, rel. Des. Walter Moraes, in *JTJ*, 208/177.

40. TJRS, 1. C., AI 595047960, rel. Des. Celeste Vicente Rovani, in *RJTJRS*, 174/242.

investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” mencionadas nas entidades previstas no art. 1º e seu parágrafo.

Já, todavia, quando se observa o art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, é possível notar que a intenção do legislador foi abranger não só o “agente público”, mas também os particulares que com a administração possuam alguma espécie de relação. Basta que “induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Desse modo, até mesmo os particulares poderão figurar no pólo passivo da demanda de improbidade, sempre, entretanto, na qualidade de co-autores do ato de improbidade, visto ser impensável que esse ato ilícito seja praticado unicamente pelo particular, sem participação do agente público.

Por fim, pelos motivos expostos no item 2 deste trabalho, não acreditamos, ao contrário do que sustenta o professor Sérgio Ferraz⁴¹, que a pessoa jurídica, tal qual delineada no art. 1º da lei, não possa figurar no pólo passivo da demanda de improbidade. Parece evidente que as pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º da lei são justamente os sujeitos passivos dos atos de improbidade praticados pelos agentes públicos⁴².

Assim, somente poder-se-ia pensar na existência de pessoa jurídica no pólo passivo da demanda de improbidade, em relação àqueles “terceiros” referidos no art. 3º, isto é, aqueles que mesmo não sendo agentes públicos são beneficiados ou mesmo partícipes do ato de improbidade administrativa.

Quanto a esse aspecto, é imprescindível mencionar que ao contrário da Lei de Ação Popular, que no seu art. 6º refere-se exclusivamente ao beneficiário direto do ato lesivo, a Lei de Improbidade Administrativa não faz qualquer distinção entre beneficiário direto ou indireto, o que nos leva a esclarecer que o “Beneficiário é aquele que lucra qualquer espécie de vantagem com a prática do ato de improbidade administrativa

41. Segundo Sérgio Ferraz, Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 372, “Quando a responsabilidade não for individualmente discernível legitimada passiva será só a pessoa jurídica (com a conceituação que lhe dá o art. 1º da Lei 8429/92) que tenha praticado, originado, concorrido para, induzido ou se beneficiado (direta ou indiretamente), do ato de improbidade administrativa”.

42. Cf. Fábio Medina Osório, Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa, *RT*, 750/69.

e, geralmente, é pessoa estranha aos quadros da Administração Pública”. Já “o beneficiário indireto é o que se aproveita reflexa e indiretamente de ato de improbidade administrativa, cujo efeito lhe trouxe repercussões positivas na órbita de seus interesses. Havendo nexos etiológico entre o seu benefício e o ato de improbidade administrativa, será cabível a imposição das sanções respectivas”. Ao passo que o “partícipe é aquele que induz ou concorre, de qualquer forma, para a prática de ato de improbidade administrativa, ou seja, aquele que influencia, auxilia, colabora, participa, mesmo que secundariamente, de ato preparatório ou executório, podendo ser pessoa estranha aos quadros da Administração Pública”⁴³.

8. AS AÇÕES CAUTELARES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O legislador houve por bem, além de enumerar os responsáveis, os considerados atos de improbidades e suas respectivas sanções, também descrever uma série de providências, de natureza cautelar, com a finalidade de garantir a utilidade do provimento ao final proferido na ação ordinária⁴⁴.

Três medidas foram previstas com esta conotação: a indisponibilidade de bens do indiciado, nas hipóteses de haver lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito (art. 7º); o seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, sendo permitido, inclusive, nesta ação cautelar de seqüestro o exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras no exterior (art. 16 e parágrafos); e, por fim o afastamento do agente público do exercício do cargo ou função, quando a medida se fizer necessária à instrução (art. 20, parágrafo único).

43. Wallace Paiva Martins Junior, *Probidade administrativa*, p. 252.

44. Como já tivemos oportunidade de demonstrar no artigo O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz, *RePro*, 87, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 187, o processo cautelar pode ser definido, em apertadíssima síntese, como sendo o responsável pela utilidade dos processos de conhecimento e execução. Essa idéia corresponde àquela de Calamandrei de instrumentalidade ao quadrado, de ser o processo cautelar o instrumento garantidor da efetividade dos instrumentos postos para a tutela final do direito material.

8.1. A indisponibilidade de bens do agente ímprobo ou de terceiro através de ação cautelar inominada (art. 798 do CPC)

Prescreve o art. 7º da Lei n. 8.429/92:

“Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”.

Prevê, portanto, o art. 7º, duas hipóteses que tornam possível a indisponibilidade de bens do agente ímprobo: quando houver lesão ao patrimônio público ou quando existir enriquecimento ilícito. A indisponibilidade de bens se relaciona, portanto, ao aspecto patrimonial da improbidade administrativa, que não tem e nem pode ter incidência quando tratamos da modalidade inserta no art. 11 da Lei, qual seja, atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A indisponibilidade de bens poderá ser decretada pelo juiz, com base no Poder Geral de Cautela (art. 798 do CPC), isto é, através do ajuizamento de uma Ação Cautelar Inominada. Como é cediço, o Livro III do CPC consagra as chamadas cautelares nominadas — previstas e reguladas minudentemente — e também as cautelares inominadas, aquelas que, a despeito de não estarem previstas expressamente, poderão ser concedidas pelo juiz, justamente com base no Poder Geral de Cautela⁴⁵.

Deve, assim, o pedido de indisponibilidade de bens ser requerido através de um processo instrumental, provisório, revogável e autônomo⁴⁶, e para ser concedido, liminarmente ou através de sentença, deverá o autor comprovar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos essenciais para a concessão da tutela cautelar.

Para que o requisito do *fumus boni iuris* esteja presente, deverá estar demonstrada nesta cautelar que existe grande probabilidade de ser reconhecida, na ação civil de improbidade administrativa a ser ajuizada (cautelar

45. Flávio Cheim Jorge, O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz, *RePro*, 87, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192.

46. Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

preparatória) ou já ajuizada (cautelar incidental), a existência de um ato de improbidade catalogado no art. 9º (enriquecimento ilícito) ou no art. 10 (lesão ao erário). Sem a existência desse requisito, impossível se torna falar na indisponibilidade de bens do agente.

Já quanto ao *periculum in mora* — requisito típico da cautelaridade —, deverá ser observada sempre a correspondência estabelecida com o art. 18 da Lei n. 8.429/92, onde se diz que a sentença que julgar procedente a ação civil poderá determinar a reparação do dano causado, através da condenação em obrigação de pagar, ou a perda do bem havido ilicitamente, através da condenação de entregar coisa certa (reversão).

Não basta para a indisponibilidade de bens, que possa ser caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa. Para que o *periculum in mora* esteja presente, e portanto, seja autorizada a concessão da tutela cautelar, é imprescindível que fique demonstrado que durante o curso da ação civil de improbidade administrativa o réu pretenda transferir para outrem o bem adquirido ilicitamente (objeto da reversão) ou então que está dissipando o seu patrimônio para não ter como saldar os prejuízos causados ao erário.

O *periculum in mora*, portanto, estará caracterizado quando ficar comprovado que o réu não terá como responder pelos prejuízos causados quando da efetiva execução da sentença proferida na ação civil de improbidade administrativa. Imprescindível se torna, por isso, a demonstração da prática de atos por parte do réu que demonstrem o intuito de frustrar o objetivo do processo principal.

Por isso é que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

“A indisponibilidade patrimonial prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92 não constitui pena acessória. Seu escopo é perpetuar a existência de bens que assegurem o integral ressarcimento do dano. Inegável, assim, seu caráter preventivo. Não faz sentido a sua adoção, quando o eventual ressarcimento esteja assegurado por hipoteca”⁴⁷.

Também é da jurisprudência a preciosa lição de que, uma vez voltando-se a ação de improbidade administrativa contra o agente que se enriqueceu ilicitamente ou causou danos ao erário, inadmissível se torna a indisponibilidade dos bens por ele adquiridos antes dos fatos noticiados na petição inicial:

47. STJ, REsp 139187/DF, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ, 03-04-2000.

“Ementa. Processo Civil — CPI do Orçamento — Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, par. 4. Lei 8.429/92, arts. 9º, VII, 112, I) — Indisponibilidade de bens do impetrante, anteriormente já decretada. Recurso provido em parte.

1. O Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra o impetrante. Dias depois, aforou ação cautelar, instando na indisponibilidade dos bens constantes na declaração de rendas. O juiz decretou ‘in limine’ a indisponibilidade de todos os bens. O ato judicial foi atacado por meio de mandado de segurança.

2. Como ficou decidido no RMS 6.182/DF, somente os bens adquiridos após os fatos criminosos é que podem ser objeto de seqüestro, não os anteriormente. Decidiu-se, ainda, permitir ao impetrante administrar seus bens, com a prestação de contas”⁴⁸.

Evidencie-se, assim, a necessidade de serem observadas todas as normas expressamente previstas no Livro III do Código de Processo Civil, para que seja concedida medida liminar determinando a indisponibilidade de bens do agente acusado. A ressalva aqui é necessária e imprescindível, porque é comum se ver na jurisprudência decisões, em nosso modo de ver manifestamente equivocadas, permitindo a concessão da indisponibilidade de bens, nos autos da própria petição inicial da ação de improbidade administrativa.

O que se observa dessas decisões é que as mesmas estão duplamente erradas, na medida em que, para justificarem o seu posicionamento, acabam por legitimá-los na disposição contida no art. 12 da Lei de Ação Civil Pública. Foi o que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, que justificou a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens, sob o fundamento de tratar-se do arresto, previsto no art. 12 da Lei de Ação Civil Pública:

“Ementa. Processual — Ação Civil Pública — Improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) — Arresto de bens — Medida Cautelar — Adoção nos autos do processo principal — Lei n. 7.347/1985, art. 12.

(...)

2. A teor da Lei n. 7.347/1985 (art. 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade, pode ser ordenado nos autos do processo principal”⁴⁹.

48. STJ, ROMS 6197, 2ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, *DJ*, 18-05-1998. Da mesma forma, STJ, REsp 196.932/SP, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, *DJ*, 10-05-1999: “A Lei n. 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso”.

49. STJ, REsp 199.478-MG, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21-03-2000, in *RSTJ*, 136/114. Em semelhante teor, TJSP, AI 071.459-5, rel. Des. Celso Bonilha, j. 17-06-1998.

Parece evidente que a indisponibilidade de bens, mencionada na Lei de Improbidade Administrativa, não se confunde com o arresto de bens e também não encontra autorização no art. 12 da Lei de Ação Civil Pública. Dizemos isso porque, em primeiro lugar, como já minudentemente demonstrado, a Ação Civil Pública, prevista na Lei n. 7.347/1985, não é a medida adequada para tutelar a probidade administrativa, visto que o rito ordinário escolhido pelo legislador é com ela incompatível. Além disso, a indisponibilidade de bens se deve dar por meio de uma ação cautelar inominada, prevista no Título III do CPC, com a observância de todos os requisitos a ela inerentes. E, para finalizar, as conseqüências processuais do arresto são completamente distintas da indisponibilidade de bens. Por intermédio do arresto se faz a apreensão e depósito do bem arrestado em poder de um depositário indicado pelo juiz, ao qual incumbe guardar e conservar a coisa adequadamente, devido a estar cumprindo uma função pública, ao passo que a indisponibilidade não retira os bens da posse do requerido, apenas impedindo a respectiva alienação.

8.2. *A ação cautelar de seqüestro de bens do agente ímprobo ou de terceiro*

Como já mencionado, a Lei de Improbidade Administrativa previu expressamente a possibilidade da utilização da Ação Cautelar de Seqüestro, como preparatória à propositura da Ação Principal, em seu art. 16 e parágrafos, com a seguinte redação:

“Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais”.

O nosso sistema processual civil prevê a ação cautelar de seqüestro como a apropriada para a conservação de determinados bens móveis ou imóveis, cuja propriedade ou posse será objeto da ação principal. Como enfatiza Lopes da Costa, “o que caracteriza o seqüestro é ser garantia forçada da execução futura para entrega de coisa certa”⁵⁰. Por isso, ao contrário

50. Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Medidas preventivas: medidas preparatórias: medidas de conservação*, 3. ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

do arresto, no seqüestro a medida volta-se especificamente a bens determinados, exatamente aqueles que serão objeto de execução para entrega de coisa certa. Naquele, o direito do requerente consubstancia-se num crédito que deverá ser satisfeito mediante a alienação dos bens em sede de execução por quantia certa contra devedor solvente, revertendo-se o valor apurado para o credor.

As disposições relativas ao seqüestro estão previstas nos arts. 822 a 825 do CPC, e devem ser criteriosamente seguidas e respeitadas, encontrando-se a justificativa para a sua aplicação em relação à Lei de Improbidade Administrativa no inciso IV do art. 822, que dispõe que o juiz poderá decretar o seqüestro “IV — nos demais casos expressos em lei”.

Assim sendo, para que o seqüestro possa ser usado, como medida cautelar da ação civil de improbidade administrativa, é imprescindível que todos os seus requisitos estejam preenchidos, entre eles a existência de *fumus boni iuris*, do *periculum in mora* e sobretudo na perfeita individuação do bem⁵¹, objeto da medida, a ser restituído ao patrimônio público, na hipótese de enriquecimento ilícito.

Se o autor da ação de improbidade não tiver condições de individuar o bem a ser restituído ao patrimônio público, inviável será a utilização da ação cautelar de seqüestro. Poderá para tanto utilizar-se do arresto cautelar, quando a intenção for de obter o ressarcimento dos danos causados pelo agente ou terceiro, que não tenham sido revertidos em bens.

O seqüestro visa justamente atingir aqueles bens incorporados ao patrimônio do agente ímprobo “fruto de acumulação ilícita do capital, de lucros provenientes de negociatas escusas, revertidos em bens de qualquer natureza, móveis, semoventes etc.”⁵². Daí não ser possível que o seqüestro venha a atingir bens adquiridos antes dos atos de improbidade praticados⁵³.

Uma vez seqüestrados os bens, o juiz, nos termos do art. 824, nomeará um depositário que ficará responsável pelos bens até a solução final a ser dada na ação de improbidade administrativa.

Providência distinta da ação cautelar de seqüestro é a prevista no § 2º do art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa. Nele se diz que o pedido de

51. Sérgio Shimura, *Arresto cautelar*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 161.

52. Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 153.

53. Dessa forma, STJ, ROMS 6182, 2ª T., rel. p/ acórdão, Min. Adhemar Maciel, DJ, 01-12-1997.

seqüestro poderá incluir, se for o caso, “o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior”.

Comentando acerca deste dispositivo, Marcelo Figueiredo afirma que “trata-se da quebra do sigilo bancário do acusado, envolvendo providências de toda ordem, tais como requerimentos à Receita Federal, aos Cartórios de Registro de Imóveis; todas medidas visando a um exame acurado da real situação do envolvido em práticas ilícitas danosas ao patrimônio público”⁵⁴.

Não cremos que a medida referida possa ser considerada como uma “cautelar de seqüestro”. A quebra de sigilo bancário e as demais providências mencionadas no § 2º do art. 16 são medidas investigatórias, destinadas a apurar o proveito obtido com a prática do ato de improbidade. E, assim sendo, inadmissível se torna a sua concessão na própria ação cautelar de seqüestro⁵⁵.

Essas providências somente podem ser tomadas com base no Poder Geral de Cautela, através de uma ação cautelar inominada (art. 798 do CPC), onde o juiz, diante da inexistência de providência idêntica tipificada no Livro III do CPC, poderá conceder determinadas medidas provisórias que julgar adequadas.

“Com efeito, a existência do poder geral de cautela deriva da impossibilidade de o sistema criar e delimitar todas as providências cautelares passíveis de ocorrer em função das múltiplas situações que podem ter curso no dia a dia da vida dos cidadãos”⁵⁶.

De qualquer sorte, o que não se pode deixar de reconhecer é que a quebra do sigilo bancário é medida drástica e extrema, somente podendo ser concedida pelo magistrado com a prova inequívoca da atitude ilícita praticada pelo agente ou por terceiros. Sendo o direito à privacidade cláusula pétrea da Constituição Federal, somente pode ser afastado, quando ficar efetivamente demonstrado que se pretende tutelar outro bem, de idêntico ou maior valor.

54. Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 154.

55. Trata-se em última análise do chamado “seqüestro atípico”, que, como ensinam os professores Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 32, é medida destinada a assegurar a realização da prova, concedida com base no Poder Geral de Cautela do Juiz (art. 798 do CPC).

56. Flávio Cheim Jorge, *O processo cautelar e o poder de controle do juiz*, p. 192.

8.3. O afastamento temporário do agente público do cargo ou da função

Outra medida classificada entre as “tutelas de urgência” é a prevista no art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, com o seguinte teor:

“Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.

A presente medida consagrada no dispositivo supratranscrito em muito se assemelha à ação cautelar de produção antecipada de provas, visto que em última análise também tem por objetivo criar meios para que a prova a ser utilizada na ação civil de improbidade administrativa não venha a se perder ou mesmo dissipar por atitudes tomadas pelo agente público⁵⁷.

É até mesmo possível se sustentar que o seu objetivo seja mais amplo, na medida em que, em vez de se obter apenas conservação da prova, também seria crível que por seu intermédio se viesse justamente a “obter a prova”, “alcançar a prova”, situações essas que não seriam propiciadas sem a sua concessão. Mas, de qualquer sorte, parece-nos que as características principais nela presentes permitem atribuir a natureza de cautelar, sobretudo pelo seu aspecto de instrumentalidade.

Essa medida, portanto, por ter natureza cautelar, deverá ser requerida através de ação cautelar inominada, também utilizando-se do Poder Geral de Cautela previsto no art. 798 do CPC.

De fato, o que se visa é justamente obter e/ou conservar a prova, normalmente documental, que não seria possível ou talvez fosse inviável se o agente não fosse afastado do cargo. Por isso, deve haver uma correspondência entre o pedido de afastamento e a impossibilidade de se obter a prova caso o agente permaneça na função, como ao se afastar o presidente ou diretor de empresa pública, prefeitos⁵⁸, presidentes de Câmaras, chefes

57. Sobre o assunto vide Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo, Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa, in *Probidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 81 e s.

58. A respeito especificamente dos atos de improbidade administrativa que envolvem prefeitos, imprescindível mencionar a obra de Waldo Fazzio Junior, *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*, São Paulo: Atlas, 2000.

de setores, enfim qualquer agente público que pudesse utilizar o seu poder (constrangendo funcionários, escondendo dados e documentos, impedindo o livre acesso etc.) para impedir ou dificultar o amplo acesso às provas que poderiam atestar a existência dos atos de improbidade administrativa.

Obviamente que o pedido de afastamento não pode ser *ad eternum*, sob pena de se usurpar do agente público o *direito constitucional ao trabalho*, estendendo-se por tempo além do que o necessário. Se é medida urgente, deve ser urgentemente providenciada, evitando-se maiores delongas na sua realização. Nesse passo é importante que para a concessão da medida o juiz deva ter fundadas razões, verdadeiros indícios de que tenha havido o ato de improbidade, para, a partir de então, justificar o afastamento do agente público.

Não pode o legitimado ativo pretender fazer o afastamento no próprio momento de se averiguar a existência do ato de improbidade administrativa. Deve procurar algo que ateste aquilo que tenha quase certeza ou certeza de que teria ocorrido, mesmo que ainda não disponha de prova suficiente para atestar os fatos que trouxe ou pretende trazer a lume, visto que o afastamento temporário é somente um dos instrumentos investigativos postos pelo legislador na tentativa de averiguação da verdade. Instrumento de tal natureza e finalidade não poderia estar condicionado a termo que o tornasse inócuo ou de difícil aplicação.

Por isso, repita-se, o afastamento deve ser temporário, se possível com prazo fixado pelo juiz, para se evitar uma insegurança pública. Ademais, em se tratando de afastamento de Prefeitos, a medida deve ser apenas um *afastamento* e não uma *cassação* dos direitos do agente público, ou seja, não deve ocupar mais tempo do que necessário, justamente para que não se transforme em retirada de parte de seu mandato.

Foi o que decidiu o Col. Superior Tribunal de Justiça, ao acentuar que: “O art. 20, da Lei 8.429/92, do ano de 1992, só há de ser aplicado em situação excepcional, isto é, quando, mediante fatos incontroversos, existir prova suficiente de que o agente público ou a autoridade administrativa está provocando sérias dificuldades para a instrução processual... Por ser medida extrema com capacidade de suspender o mandato eletivo, a interpretação do dispositivo que a rege é restrita, sem qualquer condição de ser ampliada”⁵⁹.

59. STJ, AGRMC 3048/BA, 1ª T., rel. José Delgado, j. 19-09-2000, DJ, 06-11-2000.

De outra parte, quando o requerimento é formulado pelo Ministério Público, não há necessidade de que tenha sido previamente realizado o inquérito civil, como se tal instituto fosse *fungível* às provas documentais que poderiam ser obtidas no afastamento do agente público. Além dos óbices práticos e culturais consubstanciados na relutância em se atender às requisições ministeriais, não pode ser comparada a obtenção de provas obtidas por requisição com a *descoberta* de qualquer prova que se poderia conseguir com o afastamento do agente público.

9. PROPOSTAS DE INOVAÇÕES PROCESSUAIS: AS MEDIDAS PROVISÓRIAS N. 2.180-35 E 2.225-45

Em que pese o já consabido entendimento de que as leis de natureza processual não podem ser alteradas por intermédio de Medidas Provisórias, o certo é que existem atualmente duas delas em trâmite e que proporcionam algumas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, notadamente em seu aspecto processual.

Como tais medidas não foram, durante o período de elaboração deste trabalho, convertidas em lei, preferiu-se deixar para esta parte do texto o comentário a respeito das mesmas, de modo que, caso venham a ser aprovadas em tudo, serão úteis e atuais as considerações que seguem; e caso venham a não ser aprovadas, não haverá um comprometimento do texto produzido. Passemos, então, ao exame das mesmas.

9.1. *A modificação da competência em razão da prevenção (MP n. 2.180-35)*

A Medida Provisória n. 2.180-35 procura introduzir na Lei de Improbidade Administrativa disposição normativa a respeito da necessidade de reunião de ações civis de improbidade administrativa, perante um único juízo, todas as vezes em que estivermos diante da mesma causa de pedir ou do mesmo objeto.

Referida medida acrescenta o § 5º ao art. 17 da Lei n. 8.429/92, com a seguinte redação:

“§ 5º 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”.

Antes de adentrarmos, propriamente, no exame da modificação da competência na ação civil de improbidade administrativa, faz-se mister tecermos algumas considerações a respeito do modo com que o mesmo assunto é tratado pelo Código de Processo Civil, para assim, após tal análise, podermos utilmente precisar os contornos do tema.

De fato, a simples possibilidade de decisões contraditórias é uma circunstância que sempre preocupou todos os sistemas jurídicos de um modo geral. A aceitação, pelo sistema jurídico, de decisões conflitantes refletiria negativamente de modo acentuado na própria razão de ser do Poder Judiciário, que é dizer o direito.

O Código de Processo Civil, em razão dessa inescandível preocupação, criou fórmulas capazes de impedir a coexistência de decisões contraditórias. No caso específico, e que nos interessa mais de perto, a lei investiu o juiz do poder de reunir processos que possam, eventualmente, produzir, se julgados separadamente, decisões que não se conciliem. A fórmula criada, portanto, foi, diante da eventual possibilidade de decisões contraditórias, reunir os processos, para um julgamento conjunto, unitário e harmônico.

Essa previsão veio expressamente consagrada no art. 105 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente”.

O Código de Processo Civil prescreveu, assim, que o requisito ensejador da junção dos processos é a existência de conexão ou de continência. Esta se dá quando, diante de duas ou mais ações, as partes e a causa de pedir forem as mesmas, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras (art. 104); enquanto aquela se verifica quando duas ações tiverem em comum o objeto ou a causa de pedir (art. 103).

Também de forma expressa acabou por prever a existência de um juízo preventivo para o conhecimento e julgamento dessas ações conexas ou continentes, que possam, se julgadas separadamente, gerar decisões conflitantes.

Quando falamos em prevenção do juízo, ou na existência de um juízo preventivo, estamos dizendo que isso deve ser entendido como um critério de fixação de competência. Isto é, um critério legal de seleção, entre diversos juízes abstratamente competentes, pelo qual, por determinação legal,

apenas um deles passa a ser o competente, pela incidência de uma das hipóteses dos citados arts. 104 e 105 do CPC⁶⁰⁻⁶¹.

Já quanto ao momento em que ocorre a prevenção, o CPC veio a tratá-lo de maneira diferente, tendo em vista a competência territorial do órgão julgador.

Se duas causas conexas correrem perante órgãos com a mesma competência territorial (mesma Comarca na Justiça comum e mesma Seção Judiciária na Justiça Federal), preventivo será aquele que despachou primeiro (art. 106); entretanto, se correrem perante juízos que não com a competência territorial, preventivo será aquele no qual primeiro se verificar a citação do réu (art. 219)⁶².

Por se tratar de uma alteração da competência do juízo, muitas vezes não será possível a sua incidência. O próprio CPC estabeleceu em que situações haveria que se falar na modificação da competência em razão da conexão ou da continência. Esse preceito veio contido no art. 102, que assim dispõe: “A competência, em razão do valor e do território, poderá modificar-se pela conexão ou continência”. Com efeito, resta claro, portanto, que por expressa disposição legal, somente em casos de competência relativa é possível a modificação da competência pela conexão ou continência.

Assim, se de um lado o sistema permite a reunião de processos mediante a modificação da competência, de outro somente admite tal modificação caso não estejamos diante de competência absoluta.

Essa diferenciação é facilmente explicável, eis que somente entre órgãos em tese concorrentemente competentes é que se põe o problema da prevenção, já que esta se constitui no meio de fixar em definitivo a competência de um dos juízos, com exclusão dos outros.

No sistema que nós poderíamos denominar “processo coletivo”, o primeiro diploma legal que tratou deste tema foi o da Lei da Ação Popular

60. Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, cit., p. 168-169. Estabelece o processualista capixaba que a prevenção “é critério para exclusão dos demais juízos competentes de um mesmo foro ou tribunal ou entre juízes de comarcas distintas”, dizendo ainda que “é por via da prevenção que se determina para qual juízo deverão ser reunidas ações conexas”. Suas palavras corroboram o que asseveramos em nossos apontamentos.

61. Vide, ainda, o alvitre de Arruda Alvim in *Manual de direito processual civil*, v. I, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 324.

62. Marcelo Abelha Rodrigues, op. cit., p. 169; Arruda Alvim, op. cit., p. 325.

(Lei 4.717/65), que em seu art. 5º, § 3º, assim dispõe: “A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sobre os mesmos fundamentos”.

Os tribunais, de modo geral, com fundamento na Lei da Ação Popular, entendiam por bem aplicar a regra da prevenção para as demais ações coletivas, dando a elas o mesmo tratamento. O governo, então, para evitar maiores contradições, houve por bem editar a medida provisória em referência e ao mesmo tempo incluir um parágrafo único ao art. 2º da Lei de Ação Civil Pública e o § 5º ao art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, de modo que em ambos os casos atualmente “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”.

Com peculiar proficiência sustenta o ilustre professor Cássio Scarpinella Bueno que teria o legislador instituído um novo regime jurídico para a conexão entre as causas, diversa da estabelecida no Código de Processo Civil⁶³. Para o autor existem três argumentos que permitem chegar a essa assertiva. O primeiro, fundamentado na Lei de Ação Civil Pública, que prevê especificamente a competência de natureza absoluta (art. 2º), mas ao contrário do CPC, permite expressamente a sua modificação quando existente um juízo prevento. O segundo, pelo fato de o art. 105 do CPC não ensejar um dever do magistrado quanto à reunião de causas, ao passo que o § 5º do art. 17, introduzido pela medida provisória, teria traçado uma obrigatoriedade na reunião das ações conexas. “Reconhecida a conexão (ou a continência), deve se dar a reunião das ações”. E, por fim, o terceiro argumento, no sentido de que o juízo prevento será sempre aquele em que a primeira ação foi proposta, o que representa, nos termos do art. 263, o momento em que a petição inicial é despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A inovação em relação a este terceiro argumento decorre da impossibilidade de utilização do critério da citação válida (art. 219), para as hipóteses em que as demandas são propostas em comarcas diferentes⁶⁴.

63. Cássio Scarpinella Bueno, *O poder público em juízo*, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 130 e s.

64. Cássio Scarpinella Bueno, *Conexão e continência entre ações de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 1992, art. 17, § 5º)*, in *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 116 e s.

De fato, como muito bem exposto, não se pode pretender simplesmente transportar para a Lei de Improbidade Administrativa as normas que regulamentam a reunião de ações no Código de Processo Civil.

Quanto ao aspecto existente no CPC, da impossibilidade de modificação da competência quando essa for absoluta, há que se ressaltar que em sede de ações coletivas não se pode dizer o mesmo. As decisões proferidas nas ações coletivas são dotadas de uma relevância social que permite um tratamento diferente. Se existe, de um lado, um interesse público em fixar a competência absoluta de um juízo, existe, de outro, uma relevância social que merece ser também preservada, e uma forma conveniente se encontra justamente na permissão de ser modificada a competência por meio da conexão ou da continência, determinando-se a reunião dos processos e obtendo-se uma decisão uniforme dos mesmos.

De outra parte, também não se deve dar margem a qualquer discussão a respeito da obrigatoriedade ou não da reunião das ações. Se no processo individual é corrente o posicionamento de que a reunião das ações não é obrigatória⁶⁵, nas ações de improbidade administrativa tal reunião é obrigatória, principalmente levando-se em conta as peculiaridades advindas da legitimação para a causa e da coisa julgada.

Por fim, de se registrar que a redação dada ao § 5º do art. 17 permite concluir que aqui não devem ser aplicadas as regras previstas nos arts. 106 e 239 do CPC, para o fim de averiguar se o juízo prevento é aquele que despachou primeiro a petição inicial ou onde se deu a citação do réu. Ao mencionar que “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo”, utilizou-se o legislador do critério relacionado à propositura da ação, que se dá, segundo o art. 263 quando a petição inicial é despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. Assim, independentemente do juízo onde foram ajuizadas as demandas, a prevenção se dará sempre perante aquele onde foi despachada a petição ou simplesmente distribuída, em conformidade com o que dispõe o art. 263 do CPC.

65. Sobre a facultatividade da reunião de ações conexas vide: Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, p. 420; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 203; Marcos Afonso Borges, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Universitária de Direito p. 114. Em sentido diverso prescrevem Arruda Alvim, op. cit., p. 184 e Marcelo Abelha Rodrigues, op. cit., p. 160.

9.2. O procedimento especial para a ação civil de improbidade administrativa (MP n. 2.225-45)

A Medida Provisória n. 2.225-45, que é um dos muitos diplomas normativos provisórios que perpetuaram no tempo prescrições legais relativas ao processo civil nacional⁶⁶, estabelece em seu art. 4º verdadeiro procedimento especial para as ações de improbidade administrativa⁶⁷, além de repetir, desnecessariamente, regras há muitos anos constantes do Código de Processo Civil, diploma subsidiário a todos aqueles que versem sobre específica disciplina processual.

No presente tópico buscaremos analisar os efeitos dessas medidas estabelecidas como complemento à Lei n. 8.429/92, especificamente ao seu art. 17, o que se fará pela observação individualizada de cada um dos parágrafos acrescentados.

A Medida Provisória n. 2.225-45, de 05-09-2001, em seu art. 4º estabelece o seguinte:

“Art. 4º O art. 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 17 (...)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contêm indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito,

66. Para que se tenha uma idéia do curso das previsões carreadas pela atual MP 2.225-45, no que tange à Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 17 e parágrafos, temos que elas já vieram prescritas, por exemplo, na MP 2.088 — 36, 37, 38, 39, 40, 41; na MP 2.171-44 e na acima citada e atualmente vigente medida provisória, corroborando uma situação de perpetuação da provisoriedade.

67. Cássio Scarpinella Bueno, com a precisão que lhe é peculiar, ao comentar as alterações trazidas pela então MP 2.088-37, diz que “a ação de improbidade administrativa — é hoje uma ação de procedimento especial” (O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (medida provisória 2.088), in Cássio Scarpinella e Pedro Paulo de R. Porto Filho, *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001.

que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de 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.

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal””. (NR)

O § 6º contém previsões totalmente despiciendas para a disciplina das ações de improbidade administrativa. Não haveria qualquer necessidade de se fazer menção expressa às situações referidas, visto que é aplicada automaticamente às legislações extravagantes a disciplina do CPC, em razão de sua subsidiariedade natural. Assim sendo, os arts. 16 a 18, 283, 396 e 397, que correspondem aos termos do § 6º, somente por serem constantes do Código de Processo Civil Brasileiro já são aplicáveis à Lei de Improbidade Administrativa, em seus aspectos processuais, visto não haver nenhuma incompatibilidade entre ambos os diplomas⁶⁸.

O § 7º e seguintes estabelecem o que denominamos “procedimento especial da ação de improbidade administrativa”. Procedimento especial é todo aquele que, de um modo ou de outro, escapa àquela ordinariedade

68. O § 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, acrescentado pelas medidas provisórias citadas à nota 70, no que tange à expressa previsão dos arts. 16 a 18 do CPC, está sendo constitucionalmente questionado por meio da ADIN 2410-8, relatada pelo Ministro Néri da Silveira. Cassio Scarpinella Bueno, *O procedimento especial de ação de improbidade administrativa*, p. 148, assevera que não há qualquer inconstitucionalidade na norma, visto que o “Acesso à Justiça — a democracia como um todo — não pode ser confundido com irresponsabilidade de quem quer que seja”. O direito de ação, como é notório, deve ser exercido de forma leal, não sendo instrumento para a perpetuação de iniquidades. Assim sendo, o dever de probidade ou lealdade processual, antes de ser impeditivo ao acesso à justiça, é garantia de que esse se dará em termos justos para as partes.

formal prevista pelo sistema processual. Comentando sobre o tema, o ilustre Antônio Carlos Marcato⁶⁹ aponta que “os procedimentos especiais diferenciam-se do ordinário com maior ou menor intensidade, sendo bastante freqüente, aliás, que em alguns deles aquele rito passe a vigorar a partir de um determinado momento, até o provimento inicial”.

No caso em tela, pela leitura dos §§ 7º e 8º do art. 17, acrescentados à Lei n. 8.429/92, percebe-se que a especialidade do procedimento encontra-se em seu estágio primário, que “passou a apresentar uma peculiaridade procedimental inicial se comparada com as ações de procedimento comum ordinário, tais quais reguladas pelo Código de Processo Civil”⁷⁰. Uma peculiaridade ou especialidade que conflita com os próprios termos do *caput* do art. 17, que diz desenvolver-se a ação de improbidade administrativa pelo procedimento ordinário.

Essa, no entanto, é apenas a primeira das incongruências que se pode verificar no aludido procedimento estabelecido principalmente pelos §§ 7º e 8º do art. 17. Nota-se, na leitura do primeiro, que o juiz, verificando a regularidade formal da petição inicial, mandará “notificar” o requerido de seus termos, instando-o a manifestar-se no prazo de 15 dias.

O conhecimento, por parte do réu, da existência de uma dada relação jurídica processual se dá por meio de citação, que é entendida como pressuposto de existência e validade (citação válida) do processo⁷¹. Por isso mesmo é que é errônea a utilização do termo notificação para designar ato que tem por conteúdo e finalidade o conhecimento do réu da existência de um processo, abrindo-lhe a possibilidade de contraditá-lo. A dita “notificação”, portanto, é apta a triangularizar a relação processual⁷², sendo verdadeira citação.

Uma vez oportunizado o contraditório, haverá verdadeira cognição meritória do juiz, que mais do que somente verificar a existência de pressupostos processuais e condições da ação, no prazo impróprio de 30 dias,

69. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 36.

70. Op. cit., p. 150.

71. Para um mais profundo estudo do tema vide Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. I, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 304 e 438 e Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238 e 249.

72. No mesmo sentido assevera Cassio Scarpinella Bueno, *O procedimento especial de ação de improbidade administrativa*, p. 153.

deverá decidir pela existência ou não do ato de improbidade, com a consequente improcedência da demanda.

Percebe-se, mais uma vez, a peculiaridade do procedimento, que pode se findar por sentença, nesse momento, sendo esta decisão, por óbvio, impugnável por meio de apelação⁷³, ou continuar seu trâmite normal, sendo essa decisão inicial mera interlocutória. Isso se dá porque a verificação da improcedência acarreta o fim do procedimento em primeiro grau de jurisdição⁷⁴, ao passo que a decisão pelo recebimento da petição inicial (§ 9º) estende a relação processual e seu procedimento. Nota-se, portanto, que uma decisão de mesmo conteúdo (verificação inicial da procedência da pretensão) pode possuir natureza diversa, possibilitando o cabimento de dois recursos (um para cada situação), de acordo com o alvitre meritório que adotar o magistrado.

Recebida a petição inicial, em decisão interlocutória, como dito acima, aponta o § 9º que será o réu “citado” para a apresentação de sua contestação. Como já logramos demonstrar, a citação, o ato que possibilita ao réu o conhecimento da existência de uma relação processual, oportunizando seu contraditório, já se verificou sob a nomenclatura errônea de “notificação”. O que se tem no presente parágrafo, portanto, é a previsão da intimação do réu para apresentar sua contestação.

Os §§ 10 e 11, ao estabelecerem, respectivamente, que caberá agravo de instrumento da decisão que receber a inicial; e que será extinto o processo sem julgamento de mérito se em qualquer de suas fases detectar-se inadequação da ação, em nada inovam quanto à disciplina do CPC, sendo, mais uma vez, regras despiciendas⁷⁵.

O último dos parágrafos acrescentado provisoriamente ao art. 17 da Lei n. 8.429/92 indica que os depoimentos ou inquirições realizados no

73. Para um estudo mais completo sobre o recurso de apelação vide Flávio Cheim Jorge, *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

74. O cuidado maior, por óbvio, deve ser dado para o caso de extinção desde logo, pois nesta situação o juiz deverá fazer um exame completo e cabal através de cognição exauriente, com autoridade de coisa julgada.

75. O CPC, pela disciplina conjugada dos arts. 162, § 2º e 522, que definem decisão interlocutória e o recurso dela cabível, e pela letra do art. 267, § 3º, que assegura o conhecimento de ofício do magistrado de vícios concernentes à relação processual e à ação, prescreve suficientemente as questões postas nos citados parágrafos 10 e 11 do art. 17 da Lei n. 8.429/92, tornando-os verdadeiramente desnecessários.

processo, de natureza civil, como identificado infra, serão regidos pelo art. 221, *caput*, e § 1º do Código de Processo Penal. Por que o legislador, em demanda claramente de natureza civil, procuraria uma solução no diploma processual penal, consubstanciada em uma regra que encontra grande semelhança com o art. 411 do CPC, que poderia ser o dispositivo aplicável ao caso?

A resposta à presente indagação retira-se da leitura comparada das duas citadas normas. O art. 221 do CPP, embora seja verdadeiramente assemelhado à prescrição constante do art. 411 do CPC, apresenta um rol mais extenso daqueles afortunados que serão inquiridos em sua residência, além de prescrever, em seu § 1º, que o Presidente e o Vice-Presidente da República e os presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação do depoimento por escrito, transmitidas as perguntas por ofício.

Bibliografia

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. I.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. I.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. III.

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, [s. d.].

CAETANO, Flávio Croce; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. “Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa”. In: SCARPINELLA, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. II.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHEIM JORGE, Flávio. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. “O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 87, 1997.

CHEIM JORGE, Flávio; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. “A tutela processual da probidade administrativa”. In: SCARPINELLA, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. “Meios processuais para a efetivação do direito do credor titular de compromisso de compra e venda registrado e a ausência de tipicidade de ações no sistema processual brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 103, 2001.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COSTA, Tito. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. “Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa”. In: SCARPINELLA, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Inadmissibilidade da ação civil pública e ilegalidade do Ministério Público”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. I.

_____. Relativizar a coisa julgada material II, *Meio Jurídico*, ano IV, abril de 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. “Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa”. In: SCARPINELLA, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.

FAZZIO JUNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAZ, Sérgio. “Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa”. In: SCARPINELLA, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. "Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: SCARPINELLA, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUNQUEIRA ALVARENGA, Aristides. "Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro". In: SCARPINELLA, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

LACERDA, Galeno; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. II.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas: Medidas preparatórias: Medidas de conservação*. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. "A competência para julgar ação de improbidade administrativa". *Revista de Informação Legislativa*, n. 138.

OSÓRIO, Fábio Medina. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. *RT*, v. 750, p. 69.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. "Conexão e continência entre ações de improbidade administrativa (Lei 8.429 de 1992, art. 17, § 5º)". In: SCARPINELLA, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCARPINELLA BUENO, Vera. *O art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa*. In: SCARPINELLA, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *O poder público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. "O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (Medida Provisória 2.088)". In: SCARPINELLA, Cassio; PORTO

- FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. "Pode o Ministério Público combater a improbidade administrativa?". In: SCARPINELLA, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- ZENKENER, Marcelo. Improbidade administrativa: Preceitos da lei. *Jornal A Gazeta*, Vitória, 25-07-2000.