

A ação de improbidade administrativa

Arnoldo Wald

Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ. Advogado

Rodrigo Garcia da Fonseca

Advogado

A ação de improbidade administrativa e a ação civil pública

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, foi editada para regular as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo público, revogando as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58. Enquanto o seu capítulo VI traz disposições de natureza penal, o resto da lei trata das sanções e procedimentos administrativos e civis. Daí nasceu, com a sua feição atual, a chamada ação de improbidade administrativa, tipo de ação que visa apurar e punir a prática de ilícitos na administração pública direta e indireta, além de recuperar os prejuízos em favor dos cofres públicos.

Tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, freqüentemente chamando-a de ‘ação civil pública de improbidade administrativa’. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo. A importância do assunto fez o legislador editar normas específicas, e é dentro deste regramento especial que o tema deve ser tratado, de

forma a serem devidamente garantidos e preservados os interesses maiores de uma sociedade justa, democrática e moralmente sadia.

A Lei nº 8.429/92 disciplina exaustivamente a questão da improbidade administrativa. Os artigos 1º a 8º regulam as disposições gerais, definindo o escopo de incidência da norma. Importante ressaltar desde logo, porém, a amplitude da incidência da lei, cobrindo os atos de improbidade praticados por qualquer agente público contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou ainda contra empresa incorporada ao patrimônio público ou para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, como disciplina o artigo 1º e o seu parágrafo único. Mais sobre tais artigos iniciais se dirá adiante.

O artigo 9º regula os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. O artigo 10 trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. O artigo 11, por sua vez, aborda os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Todos os três artigos citados acima trazem no *caput* uma definição genérica do ilícito, e listam nos incisos, exemplificativamente, tipos de atos que se enquadram na definição. Embora a redação dos mencionados dispositivos deixe claro não se tratar, nos incisos, de uma definição *numerus clausus* das modalidades de atos de improbidade, a interpretação tem que ser cuidadosa e restritiva, na medida em que as gravíssimas sanções da lei não podem ser impostas sem uma certeza absoluta quanto ao enquadramento ilícito dos atos questionados na ação. Portanto, o tipo da improbidade – que é definido no *caput* de cada um dos artigos 9º, 10 e 11 – merece uma interpretação semelhante à do tipo penal, que não comporta ampliação. O artigo 12 traz as penas da Lei nº 8.429/92 para cada uma das modalidades de improbidade administrativa discriminadas nos artigos antecedentes, penas estas que independem das demais sanções penais, civis ou administrativas previstas em legislação específica.

É evidente, embora a lei não o diga expressamente, que haverá atos de improbidade que se enquadrarão em pelo menos duas, ou mesmo em todas as três categorias discriminadas. Pode-se dizer mais, inclusive, que na maioria das vezes haverá tal superposição de tipos de improbidade. Um mesmo ato de improbidade pode gerar enriquecimento ilícito de alguém, causar prejuízo ao erário e violar princípios da

administração pública. Seria o caso, por exemplo, de um funcionário que aceitasse um suborno para assinar um contrato superfaturado. Há enriquecimento ilícito do funcionário e do contratante, há prejuízo ao erário e há a violação a vários princípios da administração pública.

Enquanto o artigo 13 regula a obrigatoriedade e a publicidade das declarações de bens daqueles que ocupem e exerçam cargos públicos, os artigos 14 a 18 tratam do procedimento administrativo e do processo judicial decorrentes da aplicação da lei.

Como dito acima, o capítulo VI, compreendendo os artigos 19 a 22, dispõe sobre regras penais.

O artigo 23 disciplina a prescrição para as ações destinadas à aplicação das sanções previstas na própria Lei nº 8.429/92. Diz o inciso I que a prescrição será de cinco anos após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança, ao passo que o inciso II, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego, remete o prazo prescricional para o mesmo prazo previsto na legislação específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Como se sabe, a Lei nº 7.437/85 se destina à defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dos direitos difusos e coletivos e da ordem econômica (artigo 1º). A Lei da Ação Civil Pública, portanto, não trata especificamente de improbidade administrativa, que é justamente o foco único da Lei nº 8.429/92. Assim, deve ser reconhecido que, pela regra da especialidade, a Lei nº 7.437/85 não se aplica aos casos em que se alega improbidade administrativa e/ou se pede a cominação das penas previstas na Lei nº 8.429/92.

Ainda que se entenda estar a probidade administrativa incluída dentre os direitos difusos e coletivos da sociedade, por ser a moralidade um princípio básico e genérico da Administração Pública, consagrado expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, é preciso reconhecer que a Lei nº 8.429/92 é posterior, e regulou inteiramente a matéria. Neste diapasão, afastou por completo a incidência da Lei nº 7.437/85 nesta seara, consoante a regra do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Não se pode deixar de anotar, por outro lado, que a Lei nº 8.429/92 traz regras tanto de direito material quanto de direito processual, e não ressalvou a aplicação subsidiária da

Lei nº 7.437/85. Na parte processual, ao contrário, faz remissões ao Código de Processo Civil, mas nunca à Lei da Ação Civil Pública. De outra parte, enquanto a ação civil pública se restringe às condenações em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer (artigo 3º da Lei nº 7.437/85), a ação de improbidade administrativa tem por objetivo também a perda de cargos públicos e/ou de direitos políticos, bem como restrições para contratações futuras com o Poder Público, seja diretamente ou através de empresas da qual o réu seja sócio majoritário (artigo 12 da Lei nº 8.429/92).

Além do mais, em matéria de ação civil pública, a Lei nº 7.437/85 determina que em caso de condenação em dinheiro dos réus a indenização deverá reverter a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais (art. 13), ao passo que na ação de improbidade administrativa a eventual indenização concedida na sentença de procedência deverá reverter diretamente em favor da própria pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (art. 18 da Lei nº 8.429/92).

A conclusão, portanto, só pode ser pela total inaplicabilidade da Lei da Ação Civil Pública para as hipóteses de ação de improbidade administrativa, visto ser a matéria regulada inteiramente pela Lei nº 8.429/92, tanto do ponto de vista substantivo quanto adjetivo.

A competência para julgamento da ação de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 nada diz sobre a competência para a apreciação das ações que prevê. Com efeito, o artigo 16 se limita a mencionar a possibilidade de ajuizamento da medida cautelar de seqüestro de bens ‘no juízo competente’, sem esclarecer qual juízo seria este.

Já se disse acima, e é inegável, que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressalvados, obviamente, os aspectos criminais da Lei nº 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). Objetiva precipuamente a reparação do dano sofrido pelo patrimônio público em virtude do ato de improbidade impugnado, e a punição dos responsáveis, aí incluindo o perdimento dos bens e vantagens obtidos ilicitamente e o seu afastamento da administração pública, tanto com a perda de cargos e funções como com a proibição de contratações futuras e a suspensão de direitos políticos. Tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil

de forte conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos. Este caráter claramente punitivo da ação de improbidade administrativa traz sérios questionamentos quanto à competência para o seu julgamento em determinadas situações.

Acresce ainda que, inegavelmente, diversos dos ilícitos ‘civis’ previstos na Lei nº 8.429/92 – para não dizer praticamente todos – correspondem a tipos penais bem definidos, enquadráveis como crimes de responsabilidade. Assim, é preciso que o ordenamento jurídico seja preservado como um todo orgânico e sistemático, evitando-se incongruências, contradições e perplexidades que podem surgir do julgamento simultâneo de ações, uma civil e outra penal, envolvendo os mesmos agentes públicos e os mesmos atos.

Ora, a Constituição Federal dá ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para, nos crimes de responsabilidade, processar e julgar Ministros de Estado e membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União (art. 102, I, ‘c’). Da mesma forma, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os desembargadores de Tribunais de Justiça, os membros dos Tribunais de Contas Estaduais, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público Federal que oficiem perante Tribunais (art. 105, I, ‘a’). Além do mais, as Constituições dos Estados dão aos Tribunais de Justiça competência originária para o julgamento de determinadas autoridades estaduais ou municipais, quando acusadas de crimes de responsabilidade.

A conseqüência das constatações acima deve ser a incompetência dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429/92, autoridades que estejam submetidas, em matéria penal, à competência originária dos Tribunais, inclusive do STF e do STJ. Não se pode admitir, numa interpretação sistemática e teleológica da ordem jurídica, que autoridades com prerrogativa de foro penal possam ser julgadas por juízes de primeira instância, em ações de improbidade que discutam justamente atos com repercussões penais, e cujos desfechos podem se dar com a perda do cargo público e dos direitos políticos. Dentro do quadro institucional brasileiro, parece insustentável que um

juiz de primeira instância possa decretar a perda do cargo de um Ministro de Estado, ou de um Ministro de Tribunal Superior, ainda que a ação julgada seja formalmente civil.¹

Num importante julgado, o TRF/1ª Região considerou a Justiça Federal, na primeira e na segunda instâncias, incompetente para apreciar ação de improbidade administrativa ajuizada contra membro do Tribunal de Contas da União, aplicando inclusive a Lei Complementar 35/79, pois só o próprio TCU poderia decretar a perda do cargo por sanção administrativa (não penal).²

É verdade que a Corte Especial do STJ, na Reclamação nº 591-SP, decidiu que não teria competência originária para apreciar uma ação de improbidade administrativa proposta contra membro do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que tinha prerrogativa de foro penal naquela Corte Superior. Tal votação, porém, foi decidida por um único voto de desempate, do então Presidente Antônio de Pádua Ribeiro.³

No âmbito do STF, há apenas manifestações isoladas, como um despacho do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 1.110-DF⁴, num caso em que foi proposta uma ação de improbidade administrativa contra um Senador da República. Também naquele caso o Tribunal Superior manteve a ação na primeira instância.

As decisões acima citadas, *data maxima venia*, não atentaram para as diferenças entre a ação civil pública disciplinada na Lei nº 7.437/85 (estritamente civil, e cujo resultado não redundava em perda de cargo ou de direitos políticos) e a ação de improbidade administrativa, com todas as suas repercussões quase-penais acima comentadas.

É até compreensível que os Tribunais Superiores, assoberbados como estão com o crescente acúmulo de processos nos últimos anos, tenham feito uma opção por restringir a sua própria competência. A linha de argumentação, inclusive, é no sentido de que não se poderia ampliar uma competência definida na Constituição, segundo os defensores da tese, em caráter *numerus clausus*. Se já têm dificuldades em lidar com os processos que existem, os Tribunais Superiores teriam ainda maiores problemas para processar e julgar

¹ A incompetência dos juízes de primeira instância nas ações de improbidade administrativa contra autoridades com prerrogativa de foro penal foi exaustivamente analisada por: WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 138, p. 213.

² ApC nº 1995.01.11616-6-DF, Rel. Des. Fed. Eliana Calmon, DJU 30.11.95, p. 82941.

³ O acórdão foi publicado no DJU de 15.05.00, p. 112.

⁴ DJU de 01.08.00.

originariamente as inúmeras ações contra altas autoridades, que no Brasil de hoje são propostas dia após dia (muitas vezes de maneira até irresponsável, é importante que se diga, e como veículo de vendeta política).

É de se esperar, no entanto, que seja revista esta posição, que pode proporcionar conflitos institucionais graves, e cuja solução está numa simples interpretação construtiva da própria Constituição. A votação apertada no âmbito da Corte Especial do STJ, no entanto, demonstra que o assunto ainda está longe de ser pacificado, e poderá ser reapreciado no futuro. No âmbito do STF, ainda se aguarda uma manifestação mais conclusiva, num julgamento específico da matéria pelo Plenário. As decisões isoladas hoje existentes não mostram com clareza uma posição colegiada da Corte Suprema.

Outra questão ligada à competência, esta dentro das próprias instâncias ordinárias, diz respeito à competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual em ações movidas pelo Ministério Público Federal, nas quais o suposto ato de improbidade tenha sido praticado em detrimento de sociedade de economia mista federal. Por se tratar na hipótese de sociedade controlada pela União, normalmente o inquérito é instaurado inicialmente pelo Ministério Público Federal, e a ação de improbidade dele resultante acaba sendo proposta perante a Justiça Federal.

É verdade que a jurisprudência majoritária vem se inclinando no sentido de reconhecer a competência da Justiça Federal em virtude de ser parte o Ministério Público Federal, que seria um ‘órgão’ da União.⁵ Convém discutir o acerto de tal posicionamento, no entanto. A competência da Justiça Federal é definida na Constituição de forma exhaustiva. A competência residual é da Justiça dos Estados. O artigo 109, I, da Constituição, estabelece a competência dos juízes federais para as ações em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal sejam partes, mas não menciona o Ministério Público Federal.

Por outro lado, tratar o Ministério Público Federal como ‘órgão’ da União não parece estar de acordo com a sua posição institucional na Constituição de 1988. De fato, o artigo 128 da Carta disciplina a existência do Ministério Público da União (abrangendo o Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal) e do Ministério Público dos

⁵ Neste sentido, há decisão do TRF/1ª Região, no AI nº 1999.010.00.03941-4-MA, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, DJU 31.03.00, p.1390 (citando um precedente do STJ no CComp 4.927-0-DF), bem como julgado do TRF/2ª Região, no AI nº 98.02.25794-0-RJ, Rel. Des. Fed. Júlio Martins, DJU 28.09.99.

Estados, mas todos como parte de um único e indivisível Ministério Público, conforme tratado no artigo 127. O Ministério Público Federal, portanto, é parte do Ministério Público da União, que por sua vez é parte do Ministério Público *lato sensu*. Na sua disciplina constitucional, por outro lado, é vedada ao *parquet* a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX). Assim, não se deve dizer, a partir do quadro institucional pintado na Constituição, que o Ministério Público Federal é ‘órgão’ da União (pessoa jurídica de direito público, de natureza federativa, conforme a definição da Constituição).

Ademais, a própria Lei Orgânica do Ministério Público Federal (Lei Complementar nº 75/93) prevê que seus membros poderão officiar perante a Justiça Estadual (arts. 37, II e parágrafo único, e 49, XV, ‘d’), o que seria incompatível com o seu foro necessariamente federal. Não se presumindo palavras inúteis na lei, e não se cogitando de inconstitucionalidade, há de ser admitida a atuação do Ministério Público Federal em causas de competência da Justiça Comum Estadual.

Não bastasse o que se disse acima, a Súmula nº 42 do Superior Tribunal de Justiça afirma que “compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”.

Assim, salvo melhor juízo, uma ação de improbidade administrativa em que forem partes uma sociedade de economia mista federal e alguns de seus funcionários, ainda que proposta pelo Ministério Público Federal, deverá ser apreciada pela Justiça Comum Estadual (salvo, evidentemente, se a União, uma autarquia ou uma empresa pública federal também sejam parte, caso em que incidiria, aí sim, a regra do inciso I do artigo 109 da Constituição).

As partes na ação de improbidade administrativa

O artigo 2º da Lei nº 8.429/92 define como agente público, para os seus efeitos, qualquer pessoa que ocupe mandato, cargo, emprego ou função numa das entidades listadas no artigo 1º, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, e seja qual for a

forma de investidura (eleição, nomeação, contratação, designação, etc.). Estes são os agentes públicos que se sujeitam aos rigores da lei.⁶

Na forma do artigo 14, qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para que instaure investigação em torno da prática de ato de improbidade. O procedimento administrativo deverá observar a legislação pertinente ao órgão ou sociedade de que se trate, respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. O artigo 15 da Lei nº 8.429/92 determina que a comissão processante dê conhecimento da existência do procedimento administrativo ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas pertinente, os quais poderão indicar representantes para acompanhamento dos trabalhos. Havendo fundados indícios, a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que tome as medidas judiciais previstas na lei, como disciplina o artigo 16.

Daí se verifica que o autor da ação de improbidade será, via de regra, o Ministério Público (na qualidade de substituto processual, em virtude de suas funções institucionais) ou a própria pessoa jurídica lesada (qualquer uma das listadas no artigo 1º, conforme for o caso, tais como a União, um Estado, um Município ou uma empresa da administração indireta ou fundacional).⁷ É o que consta expressamente da lei, inclusive no *caput* do artigo 17. A propositura da ação por um não impede a iniciativa do outro, como já decidiu o Plenário do STF.⁸ Os réus serão, normalmente, os agentes públicos responsáveis pela prática do ato de improbidade.

Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, nos parece que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato

⁶ O STJ decidiu recentemente que particulares no exercício de funções públicas delegadas também se caracterizam como agentes públicos para os efeitos da Lei nº 8.429/92 (da mesma forma como os seus atos são considerados como atos de autoridade para efeitos de cabimento de mandado de segurança). Na hipótese julgada, tratava-se de hospitais particulares conveniados ao SUS. Nas palavras do Min. Luiz Fux, relator do Resp nº 416.329-RS, “a denominação ‘agentes públicos’ refere-se genérica e indistintamente a todos os sujeitos que servem ao Poder Público, considerando-se um ‘gênero’ do qual são espécies os agentes políticos, administrativos, honoríficos e delegados, o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculados ao Poder Público.” Ver Notícias do STJ, 22.08.02, “STJ: Hospitais Particulares conveniados ao SUS também são considerados agentes públicos”, site na internet: *stj.gov.br*.

⁷ A partir da jurisprudência do STJ mencionada na nota anterior, também se pode imaginar uma empresa privada como autora, desde que no exercício de função pública delegada.

⁸ RE nº 208.790-4-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 15.12.00, p. 105 e RTJ 176/957.

ilegal será um ato ímprobo. Um agente público eventualmente incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto.⁹ O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso, ou pelo menos de culpa gravíssima.

Já começa a haver jurisprudência sólida a respeito da matéria, exigindo-se a demonstração da má-fé do agente público para que ele seja responsabilizado com base na Lei da Improbidade Administrativa, aplicando-se o princípio da razoabilidade, pois nem sempre a mera ilegalidade de um determinado ato é suficiente para caracterizar a improbidade do agente.¹⁰

Por outro lado, como a Lei nº 8.429/92 fala apenas em ‘agente público’, *lato sensu*, convém discutir o próprio cabimento da ação de improbidade administrativa, em qualquer instância, quando estiver em discussão um ato típico de agente político, e não propriamente de agente administrativo. A distinção entre agentes políticos e agentes administrativos é pacífica no âmbito do direito administrativo.¹¹ Não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio que o Judiciário possa questionar a oportunidade ou a conveniência de uma determinada atuação governamental, da implementação de uma política. Os agentes políticos podem ficar tolhidos na sua liberdade para o desempenho das funções que lhes cabem, sob a ameaça constante de ações drásticas, que podem ocasionar a perda do cargo, a indisponibilidade dos bens pessoais e até a cassação dos direitos políticos. Não pode haver improbidade administrativa, sequer em tese, na decisão política de se adotar um ou outro plano de governo. A decisão de se fazer ou não uma obra, é uma decisão de agente político, que em princípio deve permanecer imune ao controle jurisdicional. Se houver ilícito na contratação, no procedimento licitatório, aí sim surge a atuação eminentemente administrativa, esta passível de questionamento em juízo se caracterizada a ilegalidade.

⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de Improbidade: suas peculiaridades e inovações. In: *Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros. p. 293-294.

¹⁰ No TJSP: ApC nº 246.245-1/6, Rel. Des. Marrey Neto, RT 735/265; ApC nº 091.277-5/2, Rel. Des. Clímaco de Godoy, j. 26.08.96; ApC nº 190.356-5/5-00, Rel. Des. Rui Stoco, RT 800/252; ApC nº 146.341-50/00, Rel. Des. Luiz Elias Tâmbara, j. 05.02.02. No TRF/5ª Região: ApC nº 99.05.48293-8, Rel. Des. Fed. Edílson Nobre, DJU 07.02.02, p. 830; REO nº 185.968, Rel. Des. Fed. Araken Mariz, DJU 26.10.01, p. 1.324.

¹¹ Ver p. ex. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 67-71.

Poderão figurar ainda no pólo passivo da ação de improbidade administrativa os terceiros eventualmente coniventes com os agentes públicos acusados. Com efeito, o artigo 3º da Lei nº 8.429/92 disciplina que a mesma se aplica àquele que, ainda que não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie direta ou indiretamente.

Com relação aos terceiros, não ocupantes de funções públicas, porém, impõe-se uma observação. Com muito mais razão é inaceitável que o terceiro de comprovada boa-fé possa vir a ser envolvido na ação de improbidade sem que tenha agido sequer culposamente. A responsabilidade do terceiro não pode ser em hipótese alguma objetiva, há de ser subjetiva.

Neste sentido, o Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul Fábio Medina Osório¹² tece considerações apropriadas, apontando ser desarrazoado pretender que o terceiro de boa-fé seja punido se agiu com diligência e era incapaz de perceber a ilicitude do agente público com que lidou.

É possível, por exemplo, que ocorram atos de improbidade na realização de uma licitação, desconhecidos do público em geral. Aquele que apresenta uma proposta na forma do edital, com toda a aparência de legalidade, e sem qualquer relação com o ato de improbidade eventualmente ocorrido, não poderá ser depois responsabilizado pelo simples fato de ter vencido a concorrência. No caso do terceiro beneficiário, que não é agente público, deve ser demonstrado na inicial que este de alguma forma induziu ou concorreu para a prática do ato, como diz o início do artigo 3º. Do contrário, a ação não lhe deve ser endereçada, ainda que se possa extrair da situação de fato algum benefício direto ou indireto por ele auferido.

Quando a ação for proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada deverá ser citada para integrar o feito na qualidade de litisconsorte. O § 3º do artigo 17 sugere que a pessoa jurídica deva atuar ao lado do Ministério Público, suprimindo as “omissões e falhas da inicial”. Deve ser aceito, entretanto, que caso esteja convencida da inexistência de ilicitude e de ato de improbidade, possa a pessoa jurídica em questão se opor à ação proposta, ocupando a posição de litisconsorte passiva (ainda que contra ela não tenha sido formulado qualquer pedido, e seja ela, em última análise, a

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 117.

beneficiária da eventual procedência do pedido, como disciplina o artigo 18 da Lei nº 8.429/92). Aplica-se, nesta situação, o princípio da ação popular, pelo qual a pessoa jurídica interessada pode optar entre aderir ao autor ou contestar a ação.¹³

Além da participação obrigatória no feito da pessoa jurídica diretamente interessada no ato de improbidade questionado, a Fazenda Pública poderá promover as ações eventualmente cabíveis para assegurar o integral ressarcimento do dano sofrido pelo patrimônio público (art. 17, § 2º).

Finalmente, nas ações em que não atuar como parte, o Ministério Público deverá intervir como *custos legis*, sendo a sua ausência caso de nulidade do processo (art. 17, § 4º). É de se aplicar quanto à ação de improbidade administrativa, portanto, a jurisprudência consolidada com relação aos mandados de segurança, no sentido de que é indispensável o efetivo pronunciamento do *parquet*, não bastando a sua mera intimação.¹⁴

Outras questões processuais

No tocante às normas processuais pertinentes à ação de improbidade administrativa, há algumas outras questões que merecem comentário.

Em primeiro lugar, é de se apontar que os artigos 14 e 15 da Lei nº 8.429/92 disciplinam o inquérito prévio à propositura da ação de improbidade administrativa. O inquérito é uma fase de investigações e averiguações internas que antecede à fase judicial, procedido pela própria pessoa jurídica interessada ou pelo Ministério Público (art. 22). O STJ já teve o ensejo de decidir que não é obrigatório que exista um inquérito anterior à ação de improbidade, pois os réus terão a oportunidade de exercício do amplo direito de defesa na própria ação, em juízo.¹⁵ No entanto, entendemos ser altamente recomendável a fase prévia do inquérito, cujas investigações e explicações dos acusados

¹³ Nesta linha, há precedente do TRF/4ª Região: EdclApC nº 97.04.53004-8-SC, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, DJU 22.09.99, p.46.

¹⁴ Em matéria de mandado de segurança há várias decisões do STJ entendendo indispensável a efetiva manifestação do Ministério Público, sob pena de nulidade do processo, como por exemplo no Resp nº 9.738-0-AM, Rel. Min. José de Jesus Filho, RSTJ 59/205, no EDREsp nº 9.209-0-AM, Rel. Min. Peçanha Martins, RT 703/159, e no EDREsp nº 29.430-1-AM, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, RSTJ 96/17.

¹⁵ RMS nº 11.537-MA, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.02.01, Informativo STJ 83, , DJU 29.10.2001. Em matéria de ação civil pública, e não especificamente de ação de improbidade administrativa, mas da mesma forma entendendo não ser obrigatório o prévio processamento do inquérito civil: Resp nº 152.447-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 25.02.02, p. 203.

podem servir para evitar o ajuizamento açodado de ações de improbidade, afetando desnecessariamente a reputação e a vida pessoal dos réus.

O artigo 16 da Lei nº 8.429/92 prevê a possibilidade de propositura de ação de seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente, remetendo o procedimento para os artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil. Embora a lei mencione o seqüestro, o tecnicamente correto seria o arresto. A imprecisão jurídica, aí, é idêntica à existente na Lei nº 6.024/76, que trata da liquidação extrajudicial de instituições financeiras e do seqüestro – que deveria ser arresto – dos bens dos ex-administradores das entidades liquidandas (*caput* do art. 45). A falta de técnica do legislador não prejudica a essência, que é a possibilidade de tornar indisponíveis os bens adquiridos ilicitamente em função da prática de ato de improbidade.¹⁶ No entanto, o processo cautelar é de ser observado, com o seu rito próprio, como manda inclusive a lei, expressamente, ao fazer a remissão para o Código de Processo Civil. Embora haja decisões admitindo a decretação de indisponibilidade de bens na própria ação principal de improbidade administrativa (a qual observa o procedimento ordinário, como determina o *caput* do artigo 17¹⁷), entendemos incompatível a cumulação, pois o ordenamento processual brasileiro não admite o processamento de medida cautelar no bojo de ação de procedimento ordinário.¹⁸ Deve ser salientado que a medida de seqüestro (ou arresto) não se confunde com uma antecipação de tutela, pois tem o efeito de resguardar a situação de fato com a finalidade de garantir a futura execução do julgado, e não o de antecipar esta própria execução (o que implicaria mais do que a mera indisponibilidade dos bens, com a sua expropriação e o emprego dos respectivos recursos, desde logo, no ressarcimento aos cofres públicos). Assim, indispensável a propositura de ação cautelar, a ser autuada e processada autonomamente.¹⁹

¹⁶ TRF/1ª Região, AI nº 1995.01.33223-3-DF, Rel. Des. Fed. Eustáquio Silveira, DJU 07.12.00, p.111.

¹⁷ Respeitadas as adaptações constantes dos parágrafos 6º a 12, introduzidos pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001, atualmente em vigor por prazo indeterminado, por força da regra do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32.

¹⁸ Nesta linha, no STJ: REsp n. 50.217-9-DF, Rel. Min. José de Jesus Filho, RSTJ 68/381; REsp n. 48.175-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RSTJ 89/205.

¹⁹ A recente modificação do artigo 273 do Código de Processo Civil, através da Lei nº 10.444, de 07.05.2002, permite ao juiz que aceite um pedido de tutela cautelar ainda quando formulado como provimento antecipatório. Entendemos que a nova regra, no entanto, merece ser interpretada com temperamentos, apenas quando houver fundada dúvida quanto à natureza da pretensão liminar do autor da ação, da mesma forma como se aplica o princípio processual da fungibilidade dos recursos. Se a impropriedade técnica for flagrante, o juiz deve exigir a obediência ao rito cautelar. Do contrário, a singela alteração do artigo 273 do CPC implicará, na prática, a extinção do processo cautelar dentro do ordenamento processual brasileiro.

Distribuída a ação cautelar ou ordinária, ficará prevento o juízo para todas as demais ações que venham a ser propostas com o mesmo objeto ou causa de pedir, como reza o § 5º do artigo 17, introduzido pelo artigo 7º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001.²⁰ Se a ação principal for precedida da cautelar, deverá ser proposta em trinta dias da efetivação daquela (*caput* do artigo 17). É vedada expressamente a transação na ação principal (artigo 17, § 1º), por tratar-se a moralidade administrativa de princípio constitucional de direito público, e portanto indisponível.

O Superior Tribunal de Justiça, tanto na 1ª quanto na 2ª Turmas, tem jurisprudência firme na questão do alcance da medida que decreta a indisponibilidade de bens em matéria de improbidade administrativa. Não se admite a retroatividade da lei para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e tampouco se poderá indisponibilizar bens adquiridos antes do ato tido como de improbidade.²¹ A indisponibilidade, portanto, deve se ater aos bens adquiridos após o ilícito, como seu fruto, e desde que posteriormente à vigência da própria Lei nº 8.429/92.

É importante ressaltar, ainda, que por seu caráter instrumental, e não punitivo, a indisponibilidade deve atingir os bens dos réus na medida em que bastem estritamente à garantia da futura indenização, não se justificando a indisponibilidade indiscriminada e em bens de valor muito superior ao dano alegado.²² O seqüestro tampouco poderá atingir bens impenhoráveis, como o salário do acusado, que tem natureza alimentar e é imprescindível para a sua subsistência.²³ A indisponibilidade não pode ser encarada como resultado automático da mera propositura da ação de improbidade. Ela não se dá *ipso jure*, e está sujeita não só à observância do procedimento cautelar, como à presença dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, como qualquer outra cautelar.²⁴

²⁰ Também em vigor por prazo indeterminado, de acordo com o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32.

²¹ Podem ser citados: REsp nº 196.932-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 10.05.99; RMS nº 6.182-DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 01.12.97, p. 58; REsp nº 209.487-SP e REsp nº 209.491-SP, ambos Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27.09.99, p. 56. No TJSP: AI nº 164.928-5/0-SP, Rel. Des. Luís Gonzerla, AASP 2.204/1.761.

²² STJ, REsp nº 139.187-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ 135/123; REsp nº 226.863-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.09.00, p.123 e Revista MPERJ 14/369. TJMG, AI nº 188.375-0/00, Rel. Des. Bady Curi, ADV 2001, em. 97930.

²³ TRF/1ª Região, AI nº 1999.010.00.23278-3-PA, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, DJU 13.10.00, p.28.

²⁴ TRF/4ª Região, AI nº 1999.04.01.095390-1, Rel. Des. Fed. Teori Albino Zavascki, DJU 17.05.00, p.172.

Por outro lado, o artigo 8º da Lei nº 8.429/92 determina que o sucessor daquele que se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da lei, até o limite da herança. Em primeiro lugar, esta extensão de responsabilidade só pode se aplicar à parte patrimonial, pois o direito brasileiro não admite a comunicação da culpa. O sucessor não poderá perder direitos políticos, cargos públicos ou ter restringido o direito de contratar com a administração. Tais penalidades são personalíssimas e intransmissíveis. Poderá o sucessor, nos limites da força da herança, responder pela indenização eventualmente devida, mas ainda assim observados os mesmos limites aplicáveis ao próprio agente público acusado, como a preservação da disponibilidade dos bens adquiridos pelo *de cuius* antes do ato impugnado e antes da vigência da própria Lei nº 8.429/92, pois não poderia a responsabilidade do sucessor ser superior à do sucedido. O falecimento do réu, no curso do processo, deve acarretar a imediata suspensão do feito, sob pena de nulidade, na forma dos dispositivos aplicáveis do Código de Processo Civil, notadamente o artigo 265.²⁵

Por fim, o parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 8.429/92, inserido dentre as ‘disposições penais’, admite o afastamento preventivo do cargo do agente público acusado, que pode ser determinado pela autoridade judicial ou administrativa. Por constar da parte penal da lei, é discutível se o referido dispositivo se aplicaria às ações civis de improbidade. De qualquer modo, o pressuposto de tal afastamento é a sua necessidade para a melhor instrução processual. O afastamento visa impedir o acusado de destruir provas, obstruir o acesso a elas ou coagir testemunhas (aliás, esta faculdade atribuída ao juiz reforça a tese da incompetência dos juízes de primeira instância em determinadas ações de improbidade, pois não se pode admitir que um juiz de primeira instância ordene o afastamento do cargo de um Ministro de Estado ou de um membro de Tribunal Superior, cautelar e provisoriamente, antes de transitada em julgado qualquer decisão condenatória). Trata-se de medida violenta, que afasta o agente público antes de ele ter sido definitivamente julgado, e portanto merece interpretação estrita e cuidadosa, para que não se transforme em forma abusiva de combate político ou de vingança pessoal, e não viole as garantias do devido processo legal e da presunção de inocência de todos quantos venham a ser acusados da prática de atos de improbidade. Quanto à necessidade de interpretação restritiva do artigo 20 da Lei nº 8.429/92, há precedente do STJ em caso no qual se afastou do cargo um Prefeito Municipal, por prazo certo, para a

²⁵ TRF/1ª Região, ApC nº 1998.010.00.16267-7-DF, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJU 15.12.00, p.421.

garantia da instrução processual.²⁶ O uso da Lei da Improbidade Administrativa não pode transformar os acusados em automaticamente culpados, antes de devidamente processados e condenados. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, e especialmente da presunção de inocência, devem ser respeitados e são essenciais à preservação do regime democrático.

Considerações finais

O combate à corrupção tem sido uma das maiores preocupações do povo brasileiro há muitos anos. É tema que ocupa posto central nos debates eleitorais há várias décadas. A Lei da Improbidade Administrativa é importante instrumento de defesa da moralidade pública, mas não é, e nem pode ser encarada como se fosse, a panacéia para solucionar todos os males. Os exageros na luta contra a improbidade administrativa podem gerar efeitos contrários aos pretendidos, desmoralizando aquilo que poderia ser bem empregado e ter resultados positivos.

Indisponibilidade de bens, afastamento do cargo, dentre outras, são todas medidas que, quando aplicadas com parcimônia e responsabilidade, se transformam em fundamentais alicerces da proteção ao patrimônio público e do respeito aos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da legalidade. O que não se pode admitir é o uso desvirtuado da ação de improbidade administrativa, como ocorre muitas vezes, como veículo de exibicionismo na mídia, de luta exclusivamente política ou de arma meramente vingativa ou oposicionista e eleitoreira. Acusar um agente público de ter praticado ato de improbidade, e ainda pretender indisponibilizar o seu patrimônio pessoal na pendência de uma ação que pode demorar anos, é coisa muito séria, que não pode ser levada adiante de maneira irresponsável ou leviana.

Alguns abusos que vinham sendo praticados acabaram levando o Governo Federal a editar normas processuais adicionais relativas às ações de improbidade administrativa, que foram objeto de muito debate na imprensa, e de crítica sobretudo por parte de membros do Ministério Público.

²⁶ STJ, AgRgMC nº 3.048-BA, Rel. Min. José Delgado, DJU 06.11.00, p. 192. O afastamento pela via judicial, ainda que provisório, de autoridades legitimamente constituídas, eleitas, indicadas ou concursadas, como Prefeitos, Governadores, Secretários, Ministros de Estado, ou mesmo magistrados, para não falar do Presidente da República, pode causar crises delicadas e impasses institucionais, com repercussões imprevisíveis. É preciso que todos tenham a máxima cautela no trato com tais situações, interpretando a lei construtiva e responsavelmente.

Na sua última reedição, em vigor por prazo indeterminado por força da regra do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, a MP nº 2.225-45, de 4.9.2001, no seu art. 4º, trouxe sete novos parágrafos ao artigo 17 da Lei nº 8.429/92 (§§ 6º a 12). O § 6º determina que a inicial venha instruída com documentos ou justificativas de indícios suficientes quanto à prática do ato de improbidade, e manda que se apliquem os princípios da litigância de má-fé do Código de Processo Civil (arts. 16 a 18). Trata-se de disciplina que objetiva, justamente, dissuadir aqueles que pretendam ajuizar demandas levianas ou com inconfessáveis propósitos políticos de prosseguir com tais práticas reprováveis. Numa versão anterior da Medida Provisória havia também a previsão de possibilidade de propositura de reconvenção por parte do agente público que se sentisse lesado com o ajuizamento de ação de improbidade sem quaisquer provas. A norma acabou não sendo reeditada após negociações do Executivo com o Ministério Público, que alegava colocar a regra uma ameaça constante sobre os membros do *parquet*, que poderia prejudicar a sua independência. Não obstante, as normas legais existentes já dão suporte a quem se sinta lesado, se assim entender, vir a buscar reparação civil por danos morais e materiais, bem como possibilitam remédios penais como as ações por calúnia e difamação, caso haja a propositura de ação de improbidade administrativa sem qualquer fundamento razoável ou sério. Também se considerava a propositura de ação de improbidade flagrantemente infundada como um ato de improbidade em si, outro ponto que acabou não sendo objeto de reedição.

O § 7º do artigo 17 criou uma fase de defesa prévia dos réus, com a possibilidade de juntada de razões escritas e documentos, após o que o juiz poderá rejeitar a ação de plano, na forma do § 8º. Somente após a defesa prévia é que o juiz receberá a ação e mandará efetivamente citar o réu (§ 9º), decisão esta impugnável por agravo de instrumento (§ 10). O objetivo do novo procedimento, que a princípio pode parecer pesado e repetitivo, é o de filtrar as ações que não tenham base sólida e segura, obrigando o juiz – com a possibilidade de recurso ao tribunal – a efetivamente examinar com atenção e cuidado as alegações e os documentos da inicial, somente dando prosseguimento àquelas ações que tiverem alguma possibilidade de êxito, e bloqueando desde logo aquelas que não passem de alegações especulativas sem espeque em provas ou indícios concretos. O instituto da defesa preliminar, existente no direito penal para os funcionários públicos (CPP, art. 514), como antecedente ao recebimento da denúncia, funciona como proteção moral para o agente público acusado, para quem o simples fato

de ser réu pode já implicar mancha na sua reputação. Abre-se a possibilidade de uma defesa antes de a ação ser recebida, de molde a cortar pela raiz aquelas ações que se mostrem levianas ou totalmente deslocadas da realidade dos fatos.

Também se definiu, na Medida Provisória nº 2.225-45, que o juiz poderá extinguir o processo a qualquer tempo se estiver convencido da inadequação da ação de improbidade (§ 11), e que aos depoimentos e inquirições se aplicará o disposto no artigo 221, *caput* e § 1º do Código de Processo Penal (§ 12).²⁷

É fundamental que a ação de improbidade administrativa, para o seu próprio bem, seja empregada com responsabilidade, naqueles casos em que realmente se vislumbre a prática de ilícitos. A fluidez do conceito de moralidade administrativa exige que o ato de improbidade seja devidamente tipificado na lei, não bastando a existência de dúvidas ou questionamentos quanto à sua oportunidade e conveniência (que se encontram dentro da discricionariedade do administrador público, e são imunes ao controle judicial), mormente quando inexistente o prejuízo pecuniário ao patrimônio público.²⁸

Para manter o seu prestígio e aceitação, não só na comunidade jurídica como em toda a sociedade brasileira, a ação de improbidade administrativa deve ser utilizada com rigor, mas dentro dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se quaisquer abusos.²⁹ Observados estes princípios, e respeitado sempre o devido processo legal, sem sensacionalismos, muito se avançará no combate à corrupção e na preservação da moralidade administrativa.

²⁷ A lei processual penal, que passou a ser aplicável à ação de improbidade administrativa, determina que certas autoridades serão inquiridas em dia, hora e local previamente acordados com o juiz, sendo que o Presidente e o Vice-Presidente da República, e os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal podem optar pela prestação do depoimento por escrito.

²⁸ Nesta linha: TRF/1ª Região, ApC nº 1996.01.53556-0-DF, Rel. Des. Fed. Eliana Calmon, DJU 18.08.97, p.64072.

²⁹ Sobre o tema, além da jurisprudência já citada na nota 10, ver: OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, p. 258.