

SOBRE A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

(*) *Sérgio Monteiro Medeiros*

I – CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS ACERCA DA PROPOSIÇÃO

Situamos o tema no campo da tutela extrapenal da moralidade administrativa, matéria que comporta estudo sob diversos ângulos, sendo que nos interessa, neste breve estudo, uma das ações dispostas em legislação esparsa: a ação de improbidade administrativa, à qual se alinham outras, introduzidas anteriormente, especialmente a ação popular e a ação civil pública, em sentido amplo. O estudo centrar-se-á, pois, no sistema instituído pela Lei n.º 8.429, de 2.6.92, embora tangenciando alguns outros.

A escolha do tema decorre, grandemente, da experiência auferida no exercício do cargo de Procurador da República (o que explica, em parte, o pragmatismo da abordagem), membro do Ministério Público Federal, mas, principalmente, pelo reconhecimento da importância desse notável e, ainda, pouco explorado instrumento de defesa da coisa pública, sempre tão dilapidada, desrespeitada e tratada como se fosse *res nullius* e, portanto, passível de apropriação por qualquer dito cidadão.

O resultado da falta de honestidade na administração do patrimônio público pode ser colhido nas ruas, avenidas, sob os viadutos, calçadas, margens e leitos dos rios e igarapés que cortam muitas cidades e na face sofrida de nossa gente mais humilde, desprovida de tudo, pois vultosas quantias são desviadas por meios de esquemas fantásticos de corrupção, que atingem todas as esferas de governo, inobstante também decorram de práticas grosseiras, muita vez simples apropriação, certeza da ausência ou ineficácia da fiscalização, ou quando menos da impunidade provável.

O fato é que, há muitos anos, a sociedade acostumou-se a assistir a autoridades dos mais altos escalões do Executivo enriquecerem à custa de “comissões”, auferidas em obras públicas, gerando até uma preferência pelo político do tipo “rouba, mas faz”, alusão ao gestor grande empreendedor, geralmente envolvido com obras faraônicas e quase sempre superfaturadas - não raras vezes inacabadas.

De qualquer sorte, restava um consolo. Para esses homens polutos havia, pelo menos em tese, o braço forte da Justiça, pronta a aplicar-lhes justa e eficaz reprimenda pelos desatinos cometidos em nome da ambição, do *status*, da riqueza fácil e certa, em desfavor do bem comum. Em tese, contudo, pois grassa o sentimento de impunidade, a crença de que a Justiça só pune os miseráveis, os desvalidos da sorte, aqueles que não dispõem de meios para se defenderem, de recursos para pagar a advogados caros e bem habilitados a explorar todas as possibilidades que a legislação lhes oferece, contando com a morosidade da Justiça, inclusive.

Ultimamente, entretanto, o panorama tem-se modificado rapidamente – e para pior –, porque a praga do administrador ímprobo chegou ao Judiciário. Os escândalos sucedem-se: nepotismo, desvio de verbas públicas, obras superfaturadas, licitações fraudulentas e concursos públicos maculados, que nada mais fazem do que referendar o ingresso de uns poucos eleitos, dando origem, até, a neologismos como o “filhotismo”, feliz expressão de um respeitado ex-Procurador-Geral do Estado do Amazonas, em alusão a recente concurso para ingresso na magistratura deste Estado.

Dessa forma, perde-se, ou vê-se ameaçada, aquela que é a última trincheira a ser buscada na defesa do patrimônio público. Por outro lado, agiganta-se o papel dos homens de boa vontade, que integram esse Poder e são chamados a julgar juízes, como eles próprios, mas que não são infensos a erro, corrupção e muito menos punição, que o tempo se encarregará de mostrar se virá, conforme se espera.

O dinheiro público, mal administrado, mal fiscalizado, desviado, pago em demasia, sem efetiva contraprestação, é o responsável pelo surgimento de fortunas inexplicáveis da noite para o dia, pelo estado caótico em que se acha mergulhada a saúde pública, pela falta de salas de aula e professores mal-remunerados e desatualizados, pelo despreparo e desaparelhamento das polícias, pela falta de saneamento básico, pelo arrocho salarial do funcionalismo público, pela supressão de conquistas sociais, pela violência urbana incontrolável, pela violência no campo e por uma série infundável de problemas que sacrificam o povo brasileiro, sem que se visualize solução num horizonte próximo.

Nesse quadro, potencializa-se o papel dos operadores do Direito, seja incrementando o uso desse importantíssimo instrumento, que é a ação de improbidade, seja esclarecendo suas peculiaridades. Imprescindível, portanto, estudá-lo, a fim de difundir o seu conhecimento e, via de consequência, sua utilização. Dessa tarefa, contudo, não se têm desincumbido os estudiosos com a desejável percuciência. Na verdade, a doutrina sobre o tema é escassa e a jurisprudência ainda está em construção. Daí querermos prestar nossa colaboração, ainda que modesta, de forma incipiente, introdutória, sem maiores pretensões, mas ferindo tópicos que se nos afiguram relevantes.

II – ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

o seguinte:

O art. 37, § 4.º, da *Lex Fundamentalis*, estabelece

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Desse modo, é fácil concluir que o legislador constituinte de 1988 preocupou-se em cravar as fincas dessa ação no corpo permanente da Magna Carta, prevendo já algumas das sanções cabíveis, explicitando sua cumulabilidade com as de índole penal – dissociando, perfeitamente, as duas esferas -, e remetendo à legislação ordinária sua regulamentação. “Assim, para que se evite o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e ineficiência, o legislador editou a Lei n.º 8.429/92, com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado.”¹

Quanto à natureza jurídica, pode-se dizer, genericamente, que se trata de uma ação constitucional.

Especificamente, faz-se mister uma incursão na seara da ação civil pública, elevada à categoria de ação constitucional por conduto do legislador qualificado de 1988, embora instituída e regulamentada anteriormente, no ano de 1985, por meio da Lei n.º 7.347.

Principiemos com a questão referente ao *nomen juris*. Segundo a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, “deve-se *desfocar* o critério que permite caracterizar essa ação como ‘pública’: passando do aspecto concernente à legitimação ativa (....). Essa peculiaridade foi bem notada por Édis Milaré: ‘Até há pouco, entendíamos que quando se falava em *ação civil pública* se queria em verdade referir ao problema da legitimação, e não ao direito substancial discutido em juízo. Ação civil pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma *parte pública* – o

¹ Alexandre de MORAES, *DIREITO CONSTITUCIONAL*, pág. 324.

Ministério Público' ... 'Agora, porém, com a edição da Lei n.º 7.347/85, que conferiu legitimidade para a ação civil pública de alguns interesses difusos, não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas ou paraestatais e às associações que especifica (Art. 5.º), novo posicionamento se impõe diante da questão'. Prosseguindo nessa linha de raciocínio, o autor conclui: 'Podemos, assim, em termos simples, mas não definitivos, conceituar ação civil pública como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil em nome do interesse público, a função jurisdicional'. (...) A conclusão razoável, a respeito desse aspecto terminológico, parece-nos a seguinte: a rigor, a ação da Lei n.º 7.347/85 objetiva a tutela de interesses *difusos*, que se não confundem com os 'coletivos' nem com o 'interesse público'; de outra parte, ela não é pública, porque o Ministério Público seja a 'parte pública', que pode promovê-la a par de outros co-legitimados, mas sim porque apresenta uma largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo 'limbo jurídico'".² O autor conclui, consignando que esse *nomen juris* está consagrado em diversos textos legais e até na Constituição, sendo aceito pela doutrina, o que o leva a crer continuará a ser utilizado.

Percebe-se, assim, adiantando que também na Lei n.º 8.429/92, ao lado do Ministério Público, figuram outros legitimados, que as considerações supra são perfeitamente aplicáveis à ação de improbidade administrativa, máxime porque por meio dela se defende o patrimônio público e a moralidade administrativa, os quais se inserem no âmbito dos interesses difusos e coletivos. Como salientado pelo mestre Alexandre de Moraes, "o art. 129, III, da Constituição Federal, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública, *para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*. Essa disposição constitucional ampliou o rol previsto no art. 1.º, IV, da Lei n.º 7.347/85 (...) Entre esses outros interesses não previstos na lei citada, destaca-se a defesa *do patrimônio público, da moralidade administrativa*, ambos de natureza indiscutivelmente difusa".³

Observados esses ensinamentos, conclusivos que a **ação de improbidade administrativa é ação civil pública, de rito ordinário e caráter ressarcitório e punitivo, em defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público.**

No concernente à lei, exame perfunctório evidencia a prevalência quase absoluta de normas de direito material, embora contenha, também, normas de caráter instrumental.

² Rodolfo de Camargo MANCUSO, *AÇÃO CIVIL PÚBLICA*, pp. 17/19.

³ *Ibidem*, pág. 325.

As sanções são sempre de índole civil, jamais podendo ser aplicáveis na seara penal. O único crime capitulado na lei de improbidade é aquele do Art. 19, tendo a finalidade de prevenir representações temerárias.

III – COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

O primeiro e mais importante aspecto a ser enfrentado é a definição da competência em razão da matéria, regra de competência absoluta, a fim de que se possa determinar se, diante de um caso concreto de ato de improbidade administrativa, deverá ser desafiada a competência da Justiça Federal ou dos Estados/Distrito Federal e Territórios.

É que somente à Justiça Comum, Federal, dos Estados, ou do Distrito Federal e Territórios compete processar e julgar os responsáveis pela prática de improbidade administrativa. Às Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar, em razão das disposições constitucionais específicas, falece competência.

A matéria, na verdade, é de simples solução, mas exige breves considerações, pois operadores do Direito de larga experiência já defenderam a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar juízes do Trabalho (regra geral de 2.ª Instância), acusados da prática de improbidade administrativa. O mais surpreendente é que o STJ tenha chancelado tal entendimento, felizmente superado, mais tarde, pelo Pretório Excelso.

Dizemos isso porque o equívoco é manifesto, como pode perceber o leitor mais desatento do *caput* do art. 114 da Carta da República, abaixo reproduzido, *in verbis*:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”

Desse modo, indefensável a assertiva tendente ao estabelecimento de competência da Justiça Laboral para processar e julgar seus próprios membros, administradores ímprobos, envolvidos com fraudes em processos licitatórios e na

realização de concursos públicos para ingresso no quadro de servidores ou na própria magistratura, por ser de transparência hialina que não subsiste, aí, qualquer dissídio de natureza trabalhista, ou matéria daí decorrente, tendo em vista a parte final do *caput* e o disposto no §3.º do mesmo dispositivo. Se lei infraconstitucional fixasse essa competência, seria escancaradamente inconstitucional.

Não há dúvida, portanto, sobre a incompetência da Justiça do Trabalho, sendo certa, outrossim, a incompetência da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar, esta em decorrência do que estabelece o art. 124 da CF e aquela em face das prescrições do Código Eleitoral, que disciplina a competência dos órgãos jurisdicionais eleitorais, *ex vi* de delegação do legislador constituinte – art. 121 da CF.

No concernente à aferição da competência da Justiça Federal ou dos Estados, cumpre destacar o cânon 109, I, da Magna Carta:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

Depreende-se daí que, presente o interesse federal, estará firmada a competência da Justiça Federal. A questão é, concretamente, verificar esse interesse federal, mormentê porque a competência da Justiça Federal prevalece sobre a dos Estados/Distrito Federal e Territórios, vez que gizada na Carta da República.

Assim, o simples fato de um ato de improbidade haver sido perpetrado por um agente público estadual ou municipal, não assegura que deverá ele ser julgado pela Justiça Estadual. Há de se observar, primeiramente, o que estabelece o art. 109.

Nesse diapasão, o prefeito municipal, autor de desvio de verbas públicas municipais oriundas da arrecadação de impostos municipais ou dos fundos de participação estadual e federal, responde por esse ato de improbidade junto à Justiça Estadual, pois essas são verbas do município. Contudo, se os dinheiros têm origem em convênio firmado com ente federal, sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas da União, o processo e julgamento competirão à Justiça Federal. É o correto entendimento, sufragado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 208: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.”.

O mesmo vale para os funcionários estaduais, sem tirar nem pôr.

Importante salientar, outrossim, que, a exemplo do que acontece na esfera penal, onde os funcionários das sociedades de economia mista federais (as S/A: Petrobras, Banco do Brasil, Telebras, entre outros) são julgados perante a Justiça Estadual, a *contrario sensu* do que estabelece o art. 109, IV, da CF, em sede de ação de improbidade administrativa a competência também é da Justiça Estadual, *ex vi* do art. 109, I. Sem embargo, se a União ou ente autárquico (af incluídas as agências reguladoras, tais como ANP, ANATEL, ANEEL e ANVS) forem chamadas a integrar o pólo passivo da demanda, ou se habilitarem, ocorrerá, naturalmente, o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Finalmente, faz-se mister averiguar a instância originária nas ações de improbidade.

Na esfera federal, competente são os Juízes Federais, ou seja, o primeiro grau de jurisdição. Essa competência é inderrogável. Inexiste delegação para os juízes de Direito exercerem a jurisdição federal em sede de ação de improbidade administrativa, substituindo-se a atuação dos juízes federais - ainda que nas longínquas comarcas do interior. Em caso de ser proposta ação de improbidade, nessas circunstâncias, pelo MP ou pelas pessoas jurídicas interessadas, os juízes devem, de plano, declinar de sua competência em favor da Justiça Federal, determinando a imediata remessa dos autos à Seção Judiciária Federal do Estado.

Em nada importa o *status* do agente público a ser processado, a relevância de seu cargo. Presidente da República, Ministros dos Tribunais Superiores, do TCU, membros do Congresso Nacional, do Ministério Público Federal, Ministros de Estado, todos, sem exceção, são processados e julgados em 1.º grau.

Essa situação, aliás, tem provocado imensa insatisfação em altas autoridades que, constantemente, vêm tendo seus atos questionados pelo Ministério Público Federal, o que explica o movimento em prol da reforma das competências jurisdicionais.

De início, verteram esse inconformismo pela via jurisdicional, tentando emplacar doutrina segundo a qual esses agentes públicos, tendo em vista a necessidade de preservação do cargo, associada à natureza e severidade das sanções, deveriam ser processados no mesmo foro competente para conhecer das ações penais em que figurassem como réus, ou seja, STF, STJ, TRFs ou TJs, conforme plasmado na Constituição Federal.

Esse entendimento, há muito combatido, felizmente acabou vencido. Recentemente, o STJ situou a questão em seus exatos limites, espancando qualquer dúvida a esse respeito:

Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4.º, Cód. Civil, arts. 159 e 1.518, Leis n. 7.347/85 e 8.429/92). 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 (Canoilho, in REsp-28.848, DJ de 2.8.93). 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 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 primeiro grau.

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

5. À minguada de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação.”

Embora o acórdão ofereça a correta interpretação das normas focadas, deixa explícita a vontade de mudar. Para pior. Ao que parece, o STJ pretende atrair para si competência capaz de assoberbar a Corte, favorecendo a sensação de impunidade contra a qual a sociedade já se acha tão vacinada. Esse pensamento tem de evoluir. Deve-se fortalecer a jurisdição, não enfraquecê-la, mediante o odioso estabelecimento de foros especiais. O importante é a salvaguarda dos princípios do

contraditório e da ampla defesa, e não, *data venia*, a revisão de competências jurisdicionais já estabelecidas de modo adequado.

Ato seguinte, veio a manobra visando a modificar a Constituição, estabelecendo foro especial junto aos Tribunais (competência *ratione personae*), nos mesmos moldes da competência em matéria penal, o que representaria a certeza da impunidade, em face do volume absurdo de demandas que inundariam esses Sodalícios, pelo reduzido número de juízes. Entretanto, as oposições uniram-se e derrubaram o projeto. A moralidade pública agradece.

Na Justiça dos Estados, alinha-se idêntico raciocínio. Governadores, secretários de Estado, prefeitos, juízes, desembargadores, membros do Ministério Público Estadual, conselheiros dos TCEs, deputados estaduais, todos devem ser processados em primeira instância. É um equívoco imaginar que, por tratar-se de um governador de Estado, de um desembargador, seria competente o STJ ou o Tribunal de Justiça. De modo algum. Serão julgados, em 1ª instância, pelos juízes de Direito.

Ressalve-se, entretanto, que essa matéria pode estar definida em outros termos, conforme dispõe o art. 125, § 1.º, da CF, que remeteu a Constituições dos Estados o regramento da competência dos Tribunais de Justiça. Essa hipótese, contudo, é pouco provável, pois a Lei n.º 8.429/92 surgiu após a sua elaboração.

IV – LEGITIMIDADE

Observe-se o que estabelecem os arts. 1.º a 3.º da Lei n.º 8.429/92:

“Art. 1.º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a 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, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por

cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2.º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo 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. 3.º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

A Lei é clara. Réu na ação de improbidade administrativa é o agente público responsável pela prática do ato de improbidade. Tão clara, que se preocupou em definir quem é agente público para os fins nela própria colimados.

O fato é que o legislador procurou conferir a maior abrangência possível ao conceito, vinculando qualquer agente público responsável por atos de improbidade, seja concursado, remunerado ou não, contratado, ou mesmo quando o exercício do cargo ou função se dê em caráter transitório. E não só em relação a atos praticados contra a administração pública direta e indireta, mas também em face de entidades privadas que recebam auxílio, incentivo ou subvenção do Poder Público (uma entidade filantrópica, por exemplo).

E mais. A Lei previu, além da responsabilidade do agente público, a dos terceiros (particulares) que incentivem, concorram para a prática desse ato, ou dele se beneficiem. Portanto, esses deverão figurar como réus ou litisconsortes passivos necessários na ação de improbidade.

Não importa, outrossim, que o ato seja comissivo ou omissivo, resultado de dolo ou culpa, como atesta o art. 5.º, ou mesmo da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, conforme consignado no art. 21, I.

Desse modo, havendo fraude em licitação para executar convênio (ou desvio de verbas na sua execução) firmado entre determinado município, e o Ministério da Educação, por exemplo, visando à construção de novas salas de aula, réus poderão ser os membros da comissão de licitação, o prefeito, os sócios da construtora e o fiscal leniente.

Se um empresário fornece nota fria a um prefeito, na expectativa, incerta, de no futuro conseguir algum benefício, é passível de ser apenado nos termos da lei de improbidade, pois concorre para o ato de improbidade praticado pelo agente público. Independe, pois, que de sua conduta decorra a obtenção de qualquer vantagem. Basta a participação no ato de improbidade de outrem para que seja acionado nos termos da Lei de Improbidade.

Quando a ação for proposta pelo Ministério Público, deverão ser citadas as pessoas jurídicas interessadas (aquelas cujo patrimônio esteja sendo defendido ou que tenham tido o ato impugnado), a teor do Art. 17, §3.º da Lei de Improbidade.⁴ Nada obstante, ao invés de contestarem a demanda, as pessoas jurídicas poderão omitir-se em responder, permanecendo no pólo passivo, ou alinhar-se ao autor, assumindo lugar no pólo ativo, consoante previsto no Art. 6.º, § 3.º da Lei da Ação Popular.⁵

O importante é que, ao propor a ação, o órgão do Ministério Público já a direcione em face da pessoa jurídica que suportou a lesão, e que, de preferência, no pedido de citação, destaque a possibilidade de transposição para o pólo ativo, forte nas disposições legais encimadas, pois, se isso acontecer, a ação restará reforçada. Caso contrário, o MP prossegue na peleja contra os autores dos atos ímprobos e pessoas jurídicas respectivas.

A observância desses preceitos constitui formalidade essencial, sendo certo que seu descumprimento inquina de nulidade o processo.

No que se refere à legitimidade ativa, podem propor a ação o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesionada, conforme previsão expressa no *caput* do Art. 17 da Lei de Improbidade.⁶

Tendo em vista a função institucional do Ministério Público, de defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais, plasmada no Art. 127 da Lei Maior, não poderia o legislador ordinário deixar de reconhecer-lhe a legitimidade

⁴ Art. 17.

§ 3.º. No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3.º do art. 6.º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 (redação dada pela Lei n.º 9.366/96).

⁵ Art. 6.º. A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1.º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

.....
§ 3.º. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

⁶ Art. 17. Ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, no prazo de 30 trinta dias da efetivação da medida cautelar.

ativa.⁷ Ademais, trata-se de espécie do gênero ação civil pública, o que reforça a legitimidade do *Parquet* (CF, art. 129-III), pois, como consignado alhures, a proteção da moralidade administrativa insere-se, indubitavelmente, entre os interesses difusos, a cuja defesa o Ministério Público está obrigado.

O órgão do Ministério Público competente para atuar nas ações de improbidade, como autor ou fiscal da lei (Art. 17, § 4.º da Lei n.º 8.429/92), é aquele lotado em 1.ª instância, com atribuições para funcionar perante o Juízo ao qual competir conhecer da ação, segundo a Lei de Organização Judiciária local. É irrelevante que sejam réus o presidente da República, ministro de Tribunal Superior, parlamentar, governador de Estado, prefeito municipal, juiz, desembargador, membro de Tribunal de Contas ou dirigente autárquico. Competente será, sempre, o promotor de Justiça, na esfera estadual, ou o procurador da República, no âmbito federal.

Tenho que a previsão do Art. 29, VIII, da Lei n.º 8.625/93, que reserva aos Procuradores-Gerais de Justiça o exercício das atribuições previstas nos arts. 129, II e III da Carta da República, quando envolvam governador, presidente de Tribunal ou da Assembléia Legislativa, não elide a assertiva supra, porque a considero inconstitucional.

Em casos tais, o PGJ teria de atuar em 1.ª Instância, pois essa norma é insuscetível de derogar a competência jurisdicional dos Tribunais de Justiça, traçada nas Constituições Estaduais. Desse modo, essa atuação seria completamente esdrúxula, pois o PGJ funciona junto ao Tribunal de Justiça e não, em 1.ª Instância. Fosse a carreira do Ministério Público organizada como um grande escritório de advocacia, onde um membro desse início à ação e pudesse acompanhá-la até o desfecho, a opção legal seria lógica. Ocorre que a carreira do MP guarda estreita similitude com a da magistratura. Mas esse é um argumento essencialmente de caráter pragmático.

A inconstitucionalidade decorre da afronta ao princípio do Promotor Natural, que decorre do disposto no art. 5.º, LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) e LIV (“ninguém será privado

⁷ A Lei Orgânica do Ministério Público da União, LC n.º 75/93, tratou da matéria: “Art. 5.º. São funções institucionais do Ministério Público da União:

.....
III – a defesa dos seguintes bens e interesses:

.....
b) o patrimônio público e social;

.....
Art. 6.º. Compete ao Ministério Público da União:

.....
XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

.....
f) à probidade administrativa;”.

da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), como leciona Hugo Nigro Mazzilli.⁸ De fato, quem processa é a parte e, no caso das ações penais e de improbidade, o órgão público legitimado é o Ministério Público, por conduto do órgão com atribuições junto ao Juízo competente.

No mesmo diapasão, a Constituição assegurou aos membros do Ministério Público o princípio da inamovibilidade, em seu Art. 128, I, "b", prevendo a exceção, em prol do interesse público, e não em favor do elevado cargo ocupado por este ou aquele réu. A exclusão de competência operada por força do art. 29, VIII, da Lei Orgânica, que afasta o promotor com atribuição para funcionar e regularmente investido no cargo, vai de encontro a esse princípio, não podendo, pois, ser admitida.⁹

V – INVESTIGAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE

Os atos de improbidade administrativa podem ser investigados no âmbito administrativo,¹⁰ por meio de inquérito policial,¹¹ conforme estatuído na Lei de Improbidade, ou pelo Ministério Público.

Na esfera administrativa, o apuratório deverá ser iniciado de ofício ou mediante representação do Ministério Público ou de qualquer do povo. Trata-se de ato formal. Não sendo a representação vertida por escrito, deverá ser tomada por termo, consignando-se, necessariamente, os fatos, sua autoria, indicando-se as pro-

⁸ *Regime Jurídico do Ministério Público*, pp. 116/117.

⁹ Hugo Nigro Mazzilli (*op. cit.*, p. 211) considera acertada a eleição do PGJ, pelo legislador ordinário, para funcionar em casos tais.

¹⁰ Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1.º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2.º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1.º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta Lei.

§ 3.º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos Arts. 148 a 182 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

¹¹ Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no Art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

vas conhecidas, pena de indeferimento, de plano, ressalvada a possibilidade de instauração de ofício.

Instaurado o procedimento investigatório, deverão ser observadas as prescrições legais constantes nos respectivos estatutos dos servidores públicos, assegurado ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas acompanhá-lo.

Vale salientar que o inquérito policial, enquanto peça informativa, poder-se-ia converter num dos mais eficazes meios para originar ações de improbidade. É que, quando os membros do Ministério Público têm atuação especializada, não há, em geral, comunicação entre aqueles em atuação na área criminal e os competentes para propor essas ações. Um maior intercâmbio, certamente, otimizaria a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

No inquérito policial instaurado para apurar ato de improbidade administrativa, caso não exista um tipo penal equivalente (peculato, estelionato, entre outros), mesmo que verificada a ocorrência do fato (materialidade) e determinada a autoria, não poderá haver o indiciamento, pois esse ato “é a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática do ilícito penal ...”.¹² Na verdade, em casos tais, seria mais adequado falar-se em procedimento policial, genericamente, evitando-se confusões terminológicas. Despiciendo dizer, outrossim, o não-cabimento de decretação de prisão cautelar (prisão em flagrante ou preventiva), na mesma hipótese, salvo se, incidentalmente à disquisição, vier a ser perpetrado algum fato penalmente relevante, *verbi gratia*, crime de falso testemunho.

Abordemos, finalmente, a investigação dos atos de improbidade pelo Ministério Público. Essa possibilidade, surpreendentemente, tem causado certa celeuma na doutrina e na jurisprudência, quiçá pela falta de previsão na Lei n.º 8.429/92, servindo, assim, de argumento para os legalistas, que teimam em não atentar para a lógica do sistema jurídico.

Para os acólitos dessa corrente, a investigação no recesso da administração seria uma espécie de condição de procedibilidade da ação, mas esse entendimento, *permissa venia*, como linha de defesa pode até ser válido, mas não pode ser levado a sério, a menos que se rasgue a Constituição, pois nela se acha inscrito o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, nos precisos termos do “Art. 5.º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desse modo, é de clareza solar que o pretendido esgotamento da instância administrativa contraria frontalmente o disposto na *Lex Mater*. O legislador constituinte somente erigiu essa possibilidade no caso da justiça desportiva, confor-

¹² Julio Fabbrini MIRABETE, *PROCESSO PENAL*, pp. 88/89.

me preconizado no Art. 217, § 1.º, da Constituição Federal. Assim, não cabendo ao exegeta distinguir onde a própria Constituição não o fez, fica dilucidada a *quaestio*.

Aliás, a própria Lei de Improbidade repudia essa compreensão, pois, ao invés de a apuração se dar pela administração, pode ser feita pela Polícia Judiciária (inquérito policial), conforme acima expandido. Ademais, a iniciativa e aplicação das sanções sequer estão condicionadas à aprovação ou rejeição das contas pelo Órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (Lei n.º 8.429/92, Art. 21).

Noutro giro, a atuação do Ministério Público na investigação de atos de improbidade encontra respaldo na Constituição, ao dispor sobre as funções do MP, consoante o Art. 129, VI, *in verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....
VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;”.

Poder-se-ia, ainda, avançar na discussão, mostrando o que dispõe a LC n.º 75/93 a respeito, mas a dicção constitucional é inelutável.

Negar-se essa possibilidade ao *Parquet*, é negar a própria Constituição, até porque lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais.

VI – PEDIDO E CONDENAÇÃO

Um assunto acerca do qual não poderíamos deixar de expressar nosso entendimento é o referente à formulação do pedido.

A Lei da Ação de Improbidade, em seu Art. 12, comina penas¹³ da maior severidade aos autores de atos ímprobos – todas de índole não-penal -, como aliás deve ser, haja vista que a corrupção é uma praga capaz de ameaçar o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Penas essas que principiam com o ressarcimento integral do dano (premissa básica nas hipóteses de lesão ao patrimônio público) e incluem perda da

¹³ “Sanções” seria bastante mais adequado, pois “pena” é um termo típico da legislação penal e acaba, algumas vezes, por confundir o exegeta.

função pública, suspensão dos direitos políticos, multa, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, de acordo com a prática imputada, pois as penas variam conforme se trate das figuras elencadas nos Arts. 9.º, 10 ou 11.

O legislador cuidou de explicitar um critério para aplicação dessas penas no caso concreto, dispondo o seguinte:

“Lei n.º 8.429, de 2.6.92

Art. 12.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito obtido pelo agente.”.

A gravidade objetiva da conduta hostilizada, destarte, é determinante para a gradação das penas a serem aplicadas. Casos haverá em que se justifica, plenamente, a imposição das penas mais graves, como a suspensão dos direitos políticos, enquanto noutros, a simples condenação ao ressarcimento e multa podem ser suficientes e adequados. A análise do caso concreto o dirá.

Mas até aqui, não cremos possa haver maior controvérsia, pois se trata de interpretação quase literal do estatuído na Lei em comento.

O que trazemos à discussão é a possibilidade de o autor, já na exordial, limitar o pedido, arrolando as que deseja, dentre aquelas previstas abstratamente.

O processo civil é regido por princípios gerais, dentre os quais o princípio da iniciativa das partes, assim enunciado pelo inolvidável Moacyr Amaral Santos, em sua obra *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*:¹⁴

“(...) É, assim, por iniciativa da parte, que se fixa a *res in iudicium deducta*, a relação de direito material entre as partes.

Dá se segue que, ao juiz, não se permite pronunciar-se senão

sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções aduzidas pelo réu. Tal a afirmação contida na máxima – *ne eat iudex ultra petita partium*, que se encontra reproduzida no art. 128 do Código de Processo Civil: ‘O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer

¹⁴ Vol. 2, pp. 76/77.

de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Desse modo, temos que a proposição é perfeitamente viável, amoldando-se à legislação processual e a entendimento doutrinário dos mais respeitáveis, ainda que adaptado à hipótese vertente.

Poder-se-ia indagar, entretanto, qual o interesse prático da discussão. E a resposta é singela: esse é um instrumento ainda novo e, de certo modo, pouco difundido e estudado. Diante de uma ação de improbidade, que encerra tão graves conseqüências, pode parecer ao magistrado um exagero o seu manuseio. Assim, se o autor, desde logo, anuncia suas pretensões, pode favorecer a obtenção da almejada prestação jurisdicional, em modo compatível com a extensão da lesão.

Força é convir, contudo, que argumentos há - e fortes - para os que desejem refutar a tese. Um, porque a matéria é de ordem pública, sendo questionável se o autor tem o poder de limitar a tutela jurisdicional. Dois, em razão de na própria Lei encontrar-se insculpido critério dirigido do juiz, indicativo claro de que a pena deve variar conforme a extensão do dano.

Nada obstante, ratificamos nossa posição, consignando que, se o autor tem certa discricionariedade para propor ou não a ação, tanto mais tem o poder de limitar a prestação jurisdicional pretendida. Se de um lado há o Estado-Juiz, incumbido de aplicar o Direito às lides que lhe forem apresentadas, de outro há o Estado-Administração, legitimado à propositura, o que não pode ser ignorado.

À derradeira, registre-se que, embora a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivem com o trânsito em julgado da sentença condenatória, *ex vi* do Art. 20 da Lei n.º 8.429/92, não há, outrossim, possibilidade de execução provisória dos efeitos patrimoniais da sentença, consoante o cânon 520 do Código de Processo Civil.

Esses efeitos devem, sempre que possível, ser assegurados mediante cautelar de seqüestro de bens, conforme o permissivo do Art. 16 do mesmo diploma legal, e poderão ser suportados pelos sucessores daqueles que causarem lesão ao patrimônio público ou se enriquecerem ilicitamente, até o limite do valor da herança, como previsto no Art. 8.º. Entretanto, nesse caso, não se trata de pena, mas de efeitos da condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, pois é evidente que o sucessor não pode ser apenado por atos aos quais não deu causa.

VII - CONCLUSÃO

O tema é por demais rico e instigante e não poderia, de maneira alguma, ser exaurido nessa oportunidade. Nossa intenção foi, tão-somente, decalcar

alguns tópicos e compartilhar inquietações, até como forma de estimular a busca de respostas e o estudo do tema por fontes mais autorizadas.

Novos diplomas legais surgem, trazendo outras figuras de improbidade (como a vigente Lei Geral das Eleições – Lei n.º 9.504/97), ou, simplesmente, apontando para as hipóteses adrede contempladas na Lei n.º 8.429/92, a exemplo do que fez a Lei da Responsabilidade Fiscal, o que confirma a importância do Instituto.

Cuida-se, verdadeiramente, de uma grande conquista e, como tal, a Lei de Improbidade deve ser fortalecida, consolidada. Nossos homens públicos, parlamentares especialmente, devem estar conscientes de que trabalham e legislam, também, em prol dos pósteros. Não se pode deslembrar que a Lei de Improbidade foi sancionada por um presidente que sofreu um processo de *impeachment*.

Em homenagem ao interesse público, manobras tendentes a enfraquecer o Instituto, seja mediante propostas de estabelecimento de foros especiais por prerrogativa de função, seja por meio da retirada de garantias do Ministério Público, devem ser abandonadas.

Pelo contrário. O Ministério Público brasileiro, mormente quando comparado ao de outros países, como a Itália, revela-se carecedor de ferramentas mais eficazes para o desenvolvimento do hercúleo serviço que lhe foi confiado. Isso deve ser providenciado.

Mas reafirmo minha fé na ação de improbidade. Se o Ministério Público e o Judiciário quiserem, pode-se operar verdadeira revolução na administração pública brasileira, manuseando-se esse salutar e poderoso instrumento de combate à corrupção. O ralo, por onde escoam verbas públicas que deveriam estar sendo empregadas na saúde, educação, segurança, saneamento, transportes e habitação, pode, gradativamente, ir sendo fechado. Mas é preciso que haja determinação.

(*) O autor, atualmente Procurador da República no Estado do Amazonas, é ex-Promotor de Justiça do Estado do Amazonas.

BIBLIOGRAFIA

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Atlas, 1993.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8.ª ed, São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6.ª ed, São Paulo: Atlas, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino *et alii*. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vols. 1 e 2. 19.ª ed.
São Paulo: Saraiva, 1998.