

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Carlos Eduardo Oliveira Amado e Silva

O PROCEDIMENTO JUDICIAL NAS AÇÕES CIVIS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Carlos Eduardo Oliveira Amado e Silva

O PROCEDIMENTO JUDICIAL NAS AÇÕES CIVIS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Patricia Miranda Pizzol.

SÃO PAULO

2019

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha amada Thainan, minha incondicional companheira, fonte de apoio, carinho e incentivo, com amor.

Ao meu filho Mateus, a razão da minha vida, a melhor parte de mim, com amor.

Ao Aladdin, meu melhor amigo, com amor

Aos meus pais, Carlos e Fátima, meus exemplos de vida, com amor.

AGRADECIMENTOS

Registro o meu eterno agradecimento ao meu tio, Mauro, pelas valorosas conversas.

Agradeço aos mestres que encontrei na minha vida acadêmica.

Agradeço aos funcionários da PUC/COGEAE, e a minha orientadora, Professora Patrícia Miranda Pizzol, pela paciência e compreensão.

RESUMO

O Procedimento Judicial nas Ações Cíveis de Improbidade Administrativa

Carlos Eduardo Oliveira Amado e Silva

A ação civil de improbidade administrativa é um mecanismo processual utilizado para a manutenção da moralidade na Administração Pública e para o ressarcimento de eventuais prejuízos ocasionados por agentes públicos e terceiros, se assim for o caso. Este trabalho abordará a ação de improbidade administrativa em todos os seus aspectos, tratando do conceito de improbidade administrativa, do seu regramento constitucional e legal (Lei n. 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa), dos pontos principais da referida lei, finalizando com o procedimento judicial da ação de improbidade administrativa. O estudo é baseado nos dispositivos constitucionais e legais sobre o assunto, na jurisprudência dos Tribunais Superiores e na melhor doutrina acerca do tema. A partir de uma pesquisa detalhada sobre esta temática, fazendo uma análise concisa dos diversos entendimentos sobre os assuntos polêmicos, esta obra tem como objetivo expor conclusões teóricas e práticas acerca do tema, facilitando a compreensão dos operadores do direito que atuarem nesta seara.

Improbidade Administrativa, Ação Civil de Improbidade Administrativa, Regramento Constitucional, Regramento Legal, Lei nº. 8.429/1992, Procedimento Judicial. Judicial Procedure.

ABSTRACT

The Judicial Procedure in Civil Actions Against Administrative Improbability

Carlos Eduardo Oliveira Amado e Silva

The civil action against Administrative improbity is a procedural mechanism that is used for the maintenance of morality in the Public Administration and reimbursement of possible losses to the treasury, caused by public agents and third parties. This paper will address the administrative misconduct in all its aspects, dealing with the concept of administrative impropriety, its constitutional and legal rule (Law nº. 8.429/1992 - Law of Administrative Improbability), the main points of this law, ending with the judicial procedure of the civil action against administrative improbity. The study is based on constitutional and legal provisions on the subject, on the jurisprudence of the Superior Courts and on the best doctrine on the subject. From a detailed research on this subject, making a concise analysis of the different understandings on the controversial subjects, this work has the objective of exposing theoretical and practical conclusions on the subject, facilitating the understanding of the legal operators that work in this field.

Administrative Improbability, Civil Actions Against Administrative Improbability, Constitutional rule, Legal rule, Lei nº. 8.429/1992, Judicial Procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	9
2.1. Conceito de improbidade administrativa.....	9
2.2. Regramento constitucional e legal.....	10
3. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	14
3.1. Competência para legislar sobre improbidade administrativa..	14
3.2. Pontos principais da lei de improbidade administrativa.....	16
3.2.1. Sujeito passivo.....	16
3.2.2. Sujeito ativo.....	18
3.2.3. Tipologia dos atos de improbidade administrativa.....	19
3.2.4. Sanções.....	22
3.2.4.1. Aspectos gerais.....	22
3.2.4.2. Natureza jurídica das sanções na LIA.....	27
4. A AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	31
4.1. Generalidades.....	31
4.2. Juízo competente.....	32
4.3. Legitimados.....	37
4.4. Os pedidos na ação de improbidade administrativa.....	40
4.5. Providências cautelares.....	42
5. PROCEDIMENTO JUDICIAL.....	51
5.1. Generalidades.....	51
5.2. Autocomposição na ação de improbidade administrativa.....	54
5.3. Sentença e coisa julgada.....	56
5.4. Prescrição.....	63
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) que dispõe sobre as sanções dos atos de improbidade praticados por qualquer agente público contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes dos entes políticos, de empresas incorporadas ao patrimônio público ou de entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual¹, traz, em seu regramento, disposições para a essencial manutenção da probidade administrativa.

A saber, este diploma legal conta com uma estrutura composta por cinco pontos principais, consoante o administrativista Carvalho Filho²: (1º) o sujeito passivo; (2º) o sujeito ativo; (3º) a tipologia da improbidade; (4º) as sanções; (5º) os procedimentos administrativo e judicial. Neste mister, este trabalho analisará, esses cinco pontos principais, deixando um pouco de lado o procedimento administrativo, por não ser este o objeto de estudo da presente obra, voltando as atenções nas questões principais referentes ao procedimento judicial nas ações civis de improbidade administrativa.

Passando pelos quatro primeiros pontos, abordaremos, em primeiro lugar, essencialmente, a ação civil de improbidade administrativa, suas generalidades, evidenciando, também, os pontos principais deste mecanismo utilizado para se tutelar interesses de natureza difusa (patrimônio público e moralidade administrativa), sendo estes o juízo competente para conhecer da matéria, os legitimados ativos e passivos, os pedidos a serem postulados, e as providências cautelares.

Em seguida, após a construção de uma linha de pensamento coesa com a matéria, finalizaremos a presente obra abordando os aspectos do procedimento judicial, prestando nossas concepções sobre a cisão do procedimento em uma fase preliminar e uma fase sob o rito do procedimento comum. Aqui, caminharemos pelos aspectos gerais da matéria, passando pela vedação a autocomposição na esfera da ação de improbidade, contextualizando

¹ Artigo 1º, “caput” da Lei n. 8.429/1992

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1323.

as modalidades de sentenças com as duas fases procedimentais, culminando na tratativa da coisa julgada, matéria sempre pertinente, e a prescrição.

Destarte, a presente monografia, a nosso pensar, servirá como um guia àqueles que desconhecem a matéria, ou que atuarem de forma prática nos processos litigiosos.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Conceito de improbidade administrativa

Em um conceito mais literal, a expressão improbidade, do latim “*improbitas*”, se traduz em falta de probidade; desonestidade. Um indivíduo ímprobo, é um indivíduo desonesto, inescrupuloso.³

Nas palavras de De Plácido e Silva⁴, improbidade significa má qualidade, imoralidade, malícia, juridicamente, se conecta ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter:

“Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter bom caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. Para os romanos, a improbidade impunha a ausência de ‘aestimatio’, que atribui aos homens o bom conceito. E sem a ‘aestimatio’, os homens se convertem em ‘homines intestabiles’, tornando-se inábeis, portanto, sem capacidade ou idoneidade para a prática de certos atos.”

Neste diapasão, considerando apenas o sentido literal da palavra, entende-se como improbidade administrativa a desonestidade no âmbito da Administração Pública, a desonestidade envolvendo um governante ou servidor público no exercício de sua função.

Partindo para uma análise mais aprofundada, nos dizeres sempre expressivos de FILHO et al., 1999:

“Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção

³ SIDOU, J.M. Othon. Dicionário Jurídico : Academia Brasileira de Letras Jurídicas / Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2016.

⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.”

Ainda nesta esteira, segundo Di Pietro⁵, quando se exige probidade administrativa, isso se traduz em uma atuação administrativa não só à risca da legalidade formal restrita, como também em uma atuação observando preceitos éticos, de lealdade, de boa-fé, em conformidade com as regras que asseguram a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Em remate, do que se entende, é imperioso a implicação do sentido de probidade administrativa como uma atuação, por parte do administrador público e do funcionário público, conforme o que a lei e os preceitos constitucionais positivam, uma atuação acima de tudo íntegra, honesta, ética e leal com os administrados e com a coisa pública.

2.2. Regramento constitucional e legal

Sendo a probidade administrativa essencial a manutenção do Estado Democrático de Direito, a Constituição, ao organizar o Estado, se preocupou em estabelecer eficientes meios de controle dos atos e das condutas dos seus agentes.⁶

Dentre esses meios de controle, convém citar o artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, que inseriu, como fundamento para propositura da ação popular, a lesão à moralidade administrativa. Ora, neste

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvania Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1003.

⁶ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 690.

ponto resta estabelecido um poderoso instrumento de controle dos atos e condutas dos agentes públicos, qual seja o próprio cidadão, munido de sua legitimidade em postular em juízo contra atos ímprobos.

Outrossim, é de opinião inequívoca que a Constituição Federal trouxe diversas sanções aos agentes públicos que, de alguma forma, atentarem contra a Administração Pública. Dentre tais penalidades passíveis de aplicação, o art. 15 da Magna Carta, ao vedar a cassação de direitos políticos, lista em seus incisos as hipóteses de perda ou suspensão destes. Em tal listagem, merece destaque o inciso V, que traz a improbidade administrativa como hipótese de suspensão dos direitos políticos.

O legislador constituinte, como se depreende do artigo acima, deu especial atenção aos cargos políticos, punindo os atos ímprobos com a suspensão dos direitos políticos, e, deste jeito, evitando que indivíduos cumprindo cargos eletivos praticassem atos de improbidade, ou que indivíduos considerados administrativamente ímprobos viessem a tomar posse de um cargo eletivo. Verdade seja, é expressiva a participação de agentes detentores de mandatos eletivos em atos de corrupção, o legislador constituinte, contrapondo a essa situação, procurou concretizar normas que trouxessem como sanção a suspensão dos direitos políticos, objetivando inviabilizar a permanência de tais pessoas em cargos eletivos.⁷

Seguindo, ainda falando sobre o rol de sanções aplicáveis a agentes públicos ímprobos, inadequado seria esquecer do §4º, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, sendo certo que este parágrafo é a fonte normativa direta para a responsabilização pelos atos de improbidade administrativa, *in verbis*:

§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.

⁷ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 690.

A norma alcança a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes, em todos os entes federativos, não só pela amplitude de sua redação, mas, também, pelo fato de estar situada no art. 37 da Constituição Federal.⁸

Neste mister, antes de continuar tratando do §4º, é necessário direcionar uma parte do tópico para falar do *caput*, do art. 37, que lista os princípios basilares a que se sujeita a Administração Pública, quais sejam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Aqui, merece destaque o princípio da moralidade, neste ponto, oportuno se torna dizer que não é o propósito desta obra o aprofundamento sobre a dicotomia entre a moralidade e a probidade administrativa, mesmo porque muito se discute sobre o assunto, o que é de sobremodo importante assinalar é a moralidade e a probidade como princípios. A rigor, ambas as expressões têm significados parecidos, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública, entretanto, na conclusão de Di Pietro⁹:

“... a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.”

A saber, além da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tenha-se presente que outros expoentes do direito administrativo compartilham da ideia de que, como princípios, os da moralidade e probidade se confundem. A base desse entendimento seria o próprio artigo 37, ao tratar no *caput* como princípio

⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 23. ed. rev .. atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense; Sao Paulo : MÉTODO. 2015.p. 991.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1005.

da **moralidade**, e, posteriormente, no §4º, nomear a lesão ao mesmo princípio como **improbidade**.¹⁰

Pois bem, após tais considerações em breve trecho sobre o princípio tecido no *caput*, podemos voltar ao §4º, do art. 37. Consoante se averigua, este dispositivo constitucional é uma norma de eficácia limitada, tendo em vista que o mesmo restringe-se a arrolar um núcleo mínimo de sanções que devem ser aplicadas “*na forma e gradação previstas em lei*”¹¹, por conseguinte, é necessária uma lei reguladora da matéria, sendo esta a lei que ficou conhecida como a lei de improbidade administrativa (Lei nº. 8429/1992).

Este diploma legal conta com uma estrutura composta por cinco pontos principais, como nos conta Carvalho Filho¹²: (1º) o sujeito passivo; (2º) o sujeito ativo; (3º) a tipologia da improbidade; (4º) as sanções; (5º) os procedimentos administrativo e judicial. Seguindo essa divisão, analisaremos a seguir os cinco pontos principais de modo conciso, não obstante, deixaremos um pouco de lado o procedimento administrativo, por destoar do tema fulcral desta obra, nos aprofundando um pouco mais no procedimento judicial.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1322.

¹¹ ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 23. ed. rev .. atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense; Sao Paulo : MÉTODO. 2015.p. 991

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1323.

3. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1. Competência para legislar sobre improbidade administrativa

Antes de nos aprofundarmos nos principais pontos da lei de improbidade, cumpre abrir um subitem com o propósito de esclarecer em relação a competência para legislar sobre a matéria em destaque.

Destaca-se, quanto a competência para legislar, que o §4º, do art. 37 da Constituição Federal de 1988, trouxe um núcleo mínimo de sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa, mencionando, ao final de seu texto, os seguintes dizeres: “... *na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*”

Tenha-se presente que, com a primeira expressão (“*na forma e gradação previstas em lei*”), levantou-se o questionamento sobre quem teria competência constitucionalmente instituída para promulgar referida lei que regulamentaria o parágrafo (no caso, a Lei 8.429/1992). Neste mister, cumpre ressaltar que esta lei disciplinou assuntos de âmbitos jurídicos diversos, exigindo do intérprete do direito um apurado uso do princípio da adequação, se amparando no texto constitucional, para deduzir que se trata de competência privativa da União, ou competência concorrente.¹³

A princípio, como bem esclarece o §4º com a ressalva: “*sem prejuízo da ação penal cabível*”, as sanções dos atos de improbidade dispostas na lei de improbidade administrativa não têm natureza penal, não obstante, é perfeitamente possível que tais atos correspondam também a um ilícito penal, como bem esclarece o supracitado parágrafo. À guisa de exemplo podemos citar um agente público que desvia maquinário de propriedade pública para utilizá-lo em obra particular própria ou alheia, neste caso, poderá estar cometendo, ao mesmo tempo, um ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito (art. 9º, inciso IV, da Lei nº. 8.429/1992), bem como o crime de Peculato (artigo 312, *caput*, do Código Penal).

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1008.

Sobre o assunto, salutar a conclusão da professora Maria Sylvia Di Pietro¹⁴:

“(a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei: (b) as sanções indicadas no artigo 37, § 4o, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal.”

Isso posto, ainda no exemplo, tal agente público poderá ser responsabilizado na seara administrativa, uma vez que o ato de improbidade em destaque corresponde também a um ilícito administrativo. Todavia, no caso em tela, as sanções cabíveis na esfera administrativa serão aquelas previstas no diploma legal Federal, Estadual, Distrital ou Municipal que trata do regime dos servidores, a depender do ente político para o qual atua o referido agente público.

Da mesma sorte, não obstante a possibilidade de o agente público que pratica um ato de improbidade sofrer consequências na esfera criminal e na administrativa, oportuno se torna dizer que aquele sofrerá, consoante a lei de improbidade administrativa, as sanções do artigo 12 da lei de improbidade, sendo estas de natureza política (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos, perda de função pública).

Tendo como base os ensinamentos de Carvalho Filho, em relação a sanção de suspensão dos direitos políticos, esta é matéria de direito eleitoral, sendo competência privativa da União, conforme o artigo 22, I, da Constituição Federal. Quanto a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, ambas

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1009.

são matérias de direito civil, sendo também de competência privativa da União. Já quanto a perda da função pública, esta não se traduz em mera sanção administrativa, não se igualando a demissão, tal como prevista nos Estatutos Funcionais, mas sim como “*sanção autônoma com forte conteúdo político-penal*”, mantendo-se como matéria de competência privativa da União, competência esta que se estende à definição dos sujeitos ativo e passivo (arts. 1º, 2º e 3º), à tipologia de improbidade (arts. 9º, 10 e 11), à previsão de tipo penal (art. 19) e à fixação de prescrição de ação judicial (art. 23), além da disciplina processual, prevista nos arts. 16 a 18, todos da Lei de improbidade administrativa.¹⁵

Neste mister, foi correto o legislador quando previu a disciplina processual civil como procedimento adequado para aplicar as sanções previstas no artigo 12.¹⁶

Finalmente, não obstante a Lei nº 8.429/1992 dispor em alguns artigos sobre matéria administrativa, à guisa de exemplo, o artigo 13, que fala da declaração de bens, e o artigo 14, ao tratar do procedimento administrativo, sendo nestas questões considerada a lei como federal (destinada à União como ente federativo), verdade seja, quanto aos pontos destacados acima, a mesma é considerada como lei nacional (válida em todo o território nacional, se aplicando a todos os entes federativos).

3.2. Pontos Principais da lei de improbidade administrativa

3.2.1. Sujeito passivo

Olhando sob um prisma geral e mediato, todo o povo brasileiro acaba por ser prejudicado na ocorrência de um ato de improbidade administrativa. Contudo, um particular ou uma empresa privada que não tenham nenhuma relação específica com o Poder Público não podem ser considerado um alvo direto de um ato de improbidade.¹⁷

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1324.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1010.

¹⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 23. ed. rev .. atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense; Sao Paulo : MÉTODO. 2015.p. 991.

A saber, o art. 1º, *caput* e parágrafo único, da lei de improbidade administrativa apresentam o rol das entidades que podem ser atingidas por atos de improbidade, senão vejamos:

“Art. 1º 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.”

Como leciona Carvalho Filho, o *caput* do art. 1º traz os sujeitos passivos principais que são divididos da seguinte forma: i. pessoas da administração direta: são as entidades componentes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; ii. pessoas da administração indireta: autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista; iii. pessoa para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.¹⁸

Oportuno se torna dizer que o dispositivo em comento cita a “*empresa incorporada ao patrimônio público*”, mas tal se traduz em um equívoco da parte do legislador. Tal equívoco emerge da necessidade de a redação do dispositivo seguir na esteira da lei de ação popular, deixando de lado a estrutura hoje utilizada na Constituição e em leis infraconstitucionais de “*empresas sob controle*

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1325.

direto ou indireto do poder público". Consoante noção cediça, se a empresa privada foi incorporada por uma pessoa de direito público, por exemplo, somente esta subsiste, se enquadrando na hipótese do primeiro grupo.

Continuando, ainda sob a inteligência ímpar de CARVALHO FILHO, 2016, no parágrafo único, do art. 1º, o dispositivo lista os sujeitos passivos secundários, divididos em dois grupos: i. entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; ii. entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual.¹⁹

Nestes casos, como o dispositivo limita a sanção patrimonial a parcela pertencente ao erário, o rito da ação de improbidade só pode ser usado para ressarcir até o limite da contribuição dos cofres públicos.

3.2.2. Sujeito ativo

A LIA (lei de improbidade administrativa) traz como os possíveis sujeitos ativos o agente público e o terceiro 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."*²⁰

Com relação aos terceiros, eles estão sujeitos às sanções cabíveis desde que concorram para a prática do ato de improbidade, ainda que não tenham obtido qualquer vantagem em seu próprio benefício, ou que tenham se beneficiado de qualquer forma mesmo sem ter concorrido.

Já quanto ao agente público, o legislador definiu, de forma abrangente, como *"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."*²¹

Ora, como se depreende do dispositivo, qualquer pessoa que preste serviço ao Estado, é enquadrado como agente público. Segundo Di Pietro, são

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1325.

²⁰ Art.3º da lei de improbidade administrativa.

²¹ Art. 2º da lei de improbidade administrativa

incluídas as seguintes modalidades como agentes públicos: i. **os servidores públicos** (indivíduos com vínculo empregatício, estatutário ou contratual com o Estado); ii. **os militares** (que também têm vínculo estatutário); iii. **os particulares em regime de colaboração com o Poder Público** (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente); iv. **os agentes políticos** (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios). Nesta última modalidade, malgrado ao extenso debate a respeito da inclusão ou não dos agentes políticos neste rol, revelando-se um tema de grande complexidade, esta obra não tem como objetivo o esgotamento do assunto, sendo imperioso apenas citar que tal polêmica é fundada na admissibilidade ou não da ação de improbidade quando o sujeito ativo for agente político em razão deste se sujeitar a um regime próprio de responsabilidade.²²

3.2.3. Tipologia dos atos de improbidade administrativa

A LIA agrupou os atos de improbidade administrativa em quatro modalidades, considerando os bens jurídicos ofendidos pelo ato: i. atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); ii. atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10); iii. atos que decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (artigo 10-A); iv. Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

Primeiramente, aludindo brevemente sobre os atos de improbidade administrativa que decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, o artigo 10-A, introduzido pela Lei Complementar nº 157/16, traz a hipótese de ato de improbidade administrativa como sendo *“qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do artigo 8º da Lei Complementar nº 116, de 31-7-2003”*, remetendo tal concessão ou aplicação indevida apenas ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza que é tratado pela Lei Complementar nº 116/03. Malgrado ao exposto, tenha-se presente que no caso de eventual ação ou omissão que conceda, aplique ou mantenha

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1330-1331.

benefício tributário pertinente a outros impostos causar dano ao erário ou desrespeitar os princípios da Administração Pública, poderá tal ato ser enquadrado nos artigos 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92.

Em seguida, quanto as outras três modalidades, estas que serão objeto de maior aprofundamento, cumpre ressaltar que o legislador positivou no *caput* dos artigos 9, 10 e 11 a conduta genérica que configura o ato de improbidade administrativa em cada categoria, e nos incisos, um rol de atos de improbidade de natureza meramente exemplificativa em razão da expressão “**e notadamente**” que se faz presente no *caput* dos três artigos.

Quanto aos atos de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito, o *caput* do art. 9º assim dispõe:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Essa primeira modalidade é condicionada a presença de quatro elementos essenciais:

1º.) **Auferimento de vantagem patrimonial pelo agente público:** o enriquecimento ilícito é configurado com o efetivo recebimento de vantagem patrimonial pelo agente público, não sendo importante para a responsabilização se a vantagem foi exigida, solicitada ou ofertada.

2º.) **Vantagem patrimonial indevida:** não autorizada por lei.

3º.) **Conduta dolosa do agente público:** necessidade de deliberação do agente público em violar a lei, com pleno conhecimento de que está cometendo um ilícito passível de punição pela LIA.

4º.) **Existência de nexa causal entre o exercício da função do agente e a vantagem patrimonial ilícita:** ligação entre a vantagem patrimonial e a função exercida pelo agente.²³

²³ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson,

Nessa esteira, em relação aos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, impende transcrever o *caput* do artigo 10 da LIA:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Deste dispositivo podemos extrair os elementos essenciais caracterizadores do ato lesivo ao erário, quais sejam:

1º.) **Conduta dolosa ou culposa do agente público:** diferente das condutas de improbidade que importam enriquecimento e que atentam contra os princípios da Administração Pública, no caso dessa modalidade, para caracterizar a conduta descrita no artigo 10, a ação ou omissão podem ser tanto dolosa (vontade de praticar a conduta vedada pelo ordenamento) quanto culposa (ato voluntário imprudente, negligente ou imperito)

2º.) **Redução do patrimônio público:** se a ação ou omissão não ocasionar a perda patrimonial de forma ilícita, não ocorre o ato de improbidade administrativa em análise

3º.) **Existência de nexa causal entre o exercício da função do agente e a redução do patrimônio público:** relação de causalidade entre o ato funcional do agente público e o prejuízo causado ao erário.

4º.) **Conduta funcional ilegal:** A ação ou omissão do agente público deve ser ilegal.²⁴

Finalmente, o *caput* do artigo 11 traz a descrição genérica do ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer

Landolfo Andrade. 6. ed. rev .• atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 718 – 719.

²⁴ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev .• atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 733 – 737.

ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

Entretanto, é sobretudo importante assinalar, antes de falar sobre as essencialidades caracterizadoras do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, que o agente público, ao cometer um ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito ou que causa lesão ao erário, invariavelmente estará atentando contra algum princípio da administração pública, razão pela qual a *“norma instituída no art. 11 da LIA é residual ou de aplicação subsidiária em relação às normas que tratam das outras duas modalidades de improbidade, isto é, só terá lugar quando não configurados o enriquecimento ilícito e a lesão ao erário.”*²⁵

Após tais noções em breve trecho, podemos enumerar os elementos essenciais que configuram o ato de improbidade do artigo 11 da LIA.

1º.) **Conduta dolosa do agente público:** como no ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito, o artigo 11 também se tipifica somente se a conduta do agente público for dolosa.

2º.) **Atentado aos princípios da Administração Pública:** obviamente, para configurar a conduta do ato de improbidade em comento, é imperioso a ofensa a um princípio da Administração Pública.

3º.) **Existência de nexos causal entre o exercício da função do agente e o atentado a um dos princípios da administração pública redução do patrimônio público:** relação de causalidade entre o ato funcional do agente público e a violação a um princípio da Administração Pública.²⁶

3.2.4. Sanções

3.2.4.1. Aspectos gerais

²⁵ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 761.

²⁶ Ibid., p. 762 – 763.

O rol das sanções tem sua previsão nos quatro incisos do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992. De modo geral, os incisos trazem as seguintes sanções: **a. perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b. ressarcimento integral do dano; c. perda da função pública; d. suspensão dos direitos políticos; e. pagamento de multa civil; f. proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.** Observa-se a partir da análise desses incisos que cada um deles se relaciona com um tipo de ato de improbidade administrativa descrito na lei. O inciso I traz as sanções aplicáveis aos casos de enriquecimento ilícito, o inciso II lista as sanções que se aplicam nos casos de atos ímprobos que ocasionem dano ao erário, o inciso III traz as sanções aplicáveis aos atos de improbidade que atentem a princípios administrativos, e o inciso IV enumera as sanções relacionadas aos atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Neste sentido, destaca-se rapidamente as previsões dos artigos 5º e 6º da referida lei, que trazem a imposição do integral ressarcimento de eventual dano ao patrimônio público e da devolução dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente público que pratique ato que importe em enriquecimento ilícito.

Continuando, antes de adentrarmos no terreno dos incisos do artigo 12, tenha-se presente que o caput deste artigo positiva a existência da independência de instâncias, ao trazer em seu texto que independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito as sanções descritas nos incisos do aludido artigo.

Sobre o assunto, no dizer sempre expressivo de Carvalho Filho²⁷:

“Não se desconhece que as instâncias civil, penal e administrativa são independentes, porquanto o ato pode violar preceito de apenas uma natureza (por exemplo: a desobediência do servidor vulnera somente preceito administrativo, mas não transgredir preceitos penal e civil). Nesse caso, só será aplicada

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1344.

a respectiva sanção. Se houver ofensas concomitantes a normas de diversa natureza, sofrerá o autor tantas sanções quantas forem as transgressões. A Lei nº 8.429/1992 deixa claro esse postulado, ao dispor, no art. 12, caput, que as cominações de improbidade independem das sanções penais, civis e administrativas. Resulta daí, primeiramente, que a ação de improbidade pode ser deflagrada sem subserviência a outros procedimentos e, em segundo lugar, que, tendo sido aplicada certa sanção de outra esfera, idêntica à da Lei de Improbidade, terá que respeitar-se o princípio do “ne bis in idem”. Assim, se em processo administrativo o servidor já sofreu a pena de demissão, a sanção de perda do cargo não poderá (e nem mesmo o poderia) ser aplicada novamente na sentença de improbidade.”

Em outras palavras: **i. o agente público que cometer o ato de improbidade administrativa que acabe por transgredir preceitos de natureza penal, civil e administrativa, sofrerá sanções nestas três searas, logo, a ação de improbidade administrativa pode vir a ser ajuizada sem se sujeitar a outros procedimentos correndo em paralelo em outras instâncias; ii. todavia, sendo aplicada, em outra esfera, sanção idêntica à da LIA, será respeitado o princípio do “ne bis in idem”, não sendo possível a aplicação desta mesma sanção na sentença que julgou a ação de improbidade.**

Depois de tais considerações sobre a independência de instâncias em breve trecho, convém tratar sobre o ponto fulcral deste subitem, qual seja os tipos de atos de improbidade e as respectivas sanções enlaçados nos incisos do artigo 12, da LIA.

Em síntese, sempre que houverem bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente transgressor, aqueles serão perdidos, e, sempre que houver algum tipo de dano ao erário, o ressarcimento será integral. Posta assim a questão, malgrado o inciso IV prever as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido aos que cometerem os atos dispostos no artigo 10-A, nos outros três

incisos do artigo 12 as sanções serão as mesmas, variando algumas delas em função de tempo ou valores. A sanção invariável é a perda da função pública, enquanto que as variáveis são: **i. suspensão dos direitos políticos; ii. pagamento de multa civil; iii. proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.**

Posta assim a questão, com relação as sanções variáveis, verifica-se que o legislador estabeleceu uma escala entre os tipos de atos de improbidade administrativa conforme a gravidade e o grau de lesividade ao bem jurídico tutelado pela LIA. Nestes termos, é possível trazer a seguinte síntese sobre o assunto:

Os atos do artigo 9º, que importam enriquecimento ilícito, considerados os mais lesivos pelo legislador, terão gradação das sanções variáveis da seguinte forma: *“suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.”*²⁸

Os atos do artigo 10, que causam lesão ao erário, sem importar enriquecimento ilícito do agente, ocupam posição mediana, sendo sancionados da seguinte forma: *“suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.”*²⁹

Os atos do artigo 11, que atentam contra os princípios da administração pública, são considerados menos lesivos, serão escalados da seguinte forma: *“suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por*

²⁸ Art. 12, inciso I da LIA.

²⁹ Art. 12, inciso II, da LIA.

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”³⁰

Assim sendo, tendo transpassado o tema da variabilidade das sanções relacionada com a gradação da lesividade dos atos de improbidade administrativa, convém tratar sobre a possibilidade de uma conduta, ao mesmo tempo, importar enriquecimento ilícito, causar dano ao erário e atentar contra princípios da Administração Pública.

Neste mister, nos dizeres de Carvalho Filho³¹:

“A aplicação das sanções pressupõe, como adiantamos, a observância do princípio da proporcionalidade, exigindo-se correlação entre a natureza da conduta de improbidade e a penalidade a ser imposta ao autor. A aplicação do princípio é relevantíssima no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar tipos abertos, dando margem a interpretações abusivas. Desse modo, condutas de menor gravidade não são suscetíveis de sanções mais severas do que exige a natureza da conduta. O oposto também viola o princípio: se a conduta se enquadrar no tipo da lei, é de considerar-se a prática do ato de improbidade.

(...)

Pode ocorrer que uma só conduta ofenda simultaneamente os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade: é a hipótese das ofensas simultâneas a tais mandamentos. Se uma só for a conduta que ofenda ao mesmo tempo mais de um dispositivo, o aplicador deverá valer-se do princípio da subsunção, em que a conduta e a sanção mais graves absorvem as de menor gravidade. Se forem várias as condutas, cada uma delas, por exemplo, violando um daqueles preceitos, as sanções poderão cumular-se desde que haja compatibilidade para tanto. É o caso do ressarcimento do dano e da multa civil. Em certos casos, porém, inviável será a cumulação: ninguém poderá ser condenado a várias sanções de suspensão de direitos políticos,

³⁰ Art. 12, inciso III, da LIA.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 1341.

*mediante a soma dos diversos períodos desse tipo de sanção; aqui deve o julgador valer-se do método de absorção das menores pela sanção mais grave, visto que, a não ser assim, se estaria praticamente cassando, e não simplesmente suspendendo, o exercício daquele direito, o que não teria suporte constitucional. Idêntica hipótese sucede com a perda de função pública, que só pode ser aplicada uma vez.*³²

A saber, é inverossímil que um ato que cause um enriquecimento ilícito a um agente público, ou que causa prejuízo ao patrimônio público, não ofenda princípios administrativos, tais como a legalidade e a moralidade. Porquanto, nessas situações em que uma conduta ofender mais de um dispositivo, observa-se o princípio da proporcionalidade, correlacionando a natureza da conduta com a sanção a ser aplicada, e o princípio da subsunção, em que a conduta e a sanção mais graves absorvem as de menor gravidade. Assim, à guisa de exemplo, sempre quando um ato importar enriquecimento ilícito, causar dano ao erário e/ou atentar contra princípios administrativos, serão cabíveis as sanções do inciso I, do art. 12. Caso uma conduta cause dano ao erário e atente contra princípios administrativos, serão aplicadas as sanções previstas no inciso II, do art. 12. Por último, quando o ato de improbidade se enquadrar apenas no artigo 11, atentando contra princípios da Administração, as sanções serão aquelas do inciso III.

De outra face, caso forem várias condutas, cada uma delas violando uma das modalidades de atos de improbidade, segundo os dizeres acima transcritos, será possível a cumulação de sanções desde que haja compatibilidade para tanto.

3.2.4.2. Natureza jurídica das sanções na LIA

Consoante a noção cediça da maioria dos especialistas em direito administrativo, as sanções da LIA são de natureza civil.³³

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p.1342.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho

Entretanto, a excelente administrativista Di Pietro, ao tratar das sanções da LIA, estendeu a todas a natureza civil, inclusive a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública³⁴.

Pelo exposto, impende transcrever as palavras desta autora ao abordar o assunto em foco³⁵:

“A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional (citação ao artigo 37, §4º, da CF, que traz o núcleo mínimo de sanções a condutas administrativamente ímprobas - suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário) está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.” (grifo nosso)

Como se observa, Di Pietro citou a **perda da função pública** como sanção de natureza administrativa, isso quer dizer, entretanto, que a doutrinadora falava sobre a possibilidade de o agente público ser processado na esfera administrativa, aduzindo a possibilidade de ser condenado **naquela seara com a perda da função pública**. Quando tratou sobre a natureza da sanção de perda da função pública no âmbito da LIA, a referida autora foi cristalina³⁶:

“O fato de estar prevista a perda da função pública entre as sanções cabíveis em caso de improbidade administrativa não é suficiente para concluir que se trata de sanção administrativa para punir um ilícito puramente administrativo, apurável em

Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p.1340.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1020.

³⁵ Ibid., 1009.

³⁶ Ibid., p. 1009 – 1010.

*processo administrativo. Se essa conclusão fosse válida, não haveria dúvida de que se estaria frente a matéria de competência de cada ente da federação. Isso, porém, não ocorre, da mesma forma que não se pode afirmar que a perda do cargo prevista no art. 92, I, do Código Penal, seja sanção de natureza administrativa. A perda da função pública, no caso, pela gravidade do ato de improbidade, é inerente à própria suspensão dos direitos políticos (**sanção de natureza civil, conforme a própria autora**). Se uma pessoa tem os direitos políticos suspensos por determinado período, ela deve perder concomitantemente o direito de exercer uma função de natureza pública.” (grifo nosso)*

Em última análise as sanções da LIA, mister se faz ressaltar que, do mesmo modo que o ressarcimento ao erário constitui uma sanção de natureza civil, inclusive sendo disciplinada no Código Civil, no artigo 186, artigo este que consagra o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo, semelhantemente, é constituída assim a natureza da multa civil. Entretanto, em que pese esta não ter natureza indenizatória, aquela tem.

Outrossim, tanto tem a multa natureza civil que o produto desta deve ser destinado à pessoa jurídica que sofreu prejuízo patrimonial. *“Não havendo adimplemento espontâneo por parte do ímprobo, deverá a pessoa interessada promover a liquidação da sentença e o cumprimento do julgado, nos termos do que prevê a lei processual (art. 513 e ss. do CPC)”*.³⁷

Em remate, reforçando mais uma vez o entendimento consolidado na doutrina de que todas as sanções previstas nos incisos do art. 12 tem natureza civil, conclui Di Pietro³⁸:

Reforça a ideia de natureza civil e política das medidas sancionatórias o fato de poderem ser aplicadas a particulares,

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p.1349 – 1350.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1010.

que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar.

*Portanto, tratando-se de sanções de natureza civil e política, sua aplicação escapa à alçada da Administração Pública, o que não impede seja instaurado concomitantemente o processo administrativo para apurar a responsabilidade de servidores envolvidos nos atos de improbidade e aplicar as penalidades previstas no respectivo Estatuto dos Servidores. Por isso mesmo, andou bem o legislador quando previu como procedimento adequado para aplicar as sanções previstas no artigo 37, § 4o, da Constituição, o **processual civil**, cuja competência legislativa é privativa da União (art. 22, I, da Constituição). (grifo nosso)*

4. A AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1. Generalidades

Nas palavras de Andrade et al. (2016):

“A ação de improbidade administrativa é aquela na qual se busca o reconhecimento judicial da natureza ímproba das condutas lesivas ao patrimônio (material e imaterial) das entidades referidas no art. 1.0 da LIA e aos princípios regentes da atividade estatal, com a consequente aplicação das sanções legais aos agentes públicos e terceiros responsáveis.”

Em suma, a ação é ajuizada com o intuito de ser declarado o ato como administrativamente ímprobo, sendo os agentes públicos e terceiros transgressores responsabilizados civilmente com a aplicação das sanções presentes nos incisos do art. 12 da LIA, por conseguinte, e também por ter por objeto a tutela de interesses de natureza difusa (patrimônio público e moralidade administrativa), a ampla maioria da doutrina considera ser esta ação espécie do gênero ação civil pública.³⁹

A saber, na explicação de DI PIETRO, 2017:

“Essa conclusão encontra fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que ampliou os objetivos da ação civil pública, em relação à redação original da Lei 7.347, que somente a previa em caso de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O dispositivo constitucional fala em ação civil pública ‘para a proteção do patrimônio público e

³⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 517-523; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 180; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1022; ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 812.

social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos'. Em consequência, o artigo 1º da Lei no 7.347/85 foi acrescido de um inciso, para abranger as ações de responsabilidade por danos causados 'a qualquer outro interesse difuso ou coletivo'."

Nestes termos, assumindo a ação de improbidade como gênero de ação civil pública, isso não quer dizer que aquela terá seu fundamento diretamente na LACP, de outro modo, o procedimento seguirá o exposto na LIA. Contudo, sendo certo que a ação de improbidade administrativa é gênero de ação civil pública, sendo certo também que a ação de improbidade tem como propósito a proteção à probidade na Administração, conclui-se que a ação de improbidade se enquadra como ação coletiva, aplicando a LIA preferencialmente, subsidiariamente as normas do microsistema do processo coletivo, e, por último, o Código de Processo Civil.⁴⁰

4.2. Juízo competente

Tendo como certa as noções sobre a aplicação subsidiária das normas do microsistema processual coletivo, convém ponderar que a LIA nada positivou especificamente sobre competência. Porquanto, O STJ⁴¹ decidiu pela necessária aplicação subsidiária da LACP (art. 2º), para concluir que as ações de improbidade administrativa "*serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.*"

Ainda neste julgado, foi decidido que, caso sejam realizados atos de improbidade administrativa em diferentes entes federativos, prevalece a competência do local alvo da maioria das condutas.

Em seguida, ao tratar sobre os entes federativos atingidos, sendo certo de que prevalecerá a competência do foro do local onde ocorrer o dano, é bem verdade que deverá ser observado qual ente sofreu o atentado. Se houver interesse da União, autarquias ou empresas públicas federais (art. 109, I, CF), a

⁴⁰ JÚNIOR, Américo Bedê Freire, A natureza jurídica da ação por ato de improbidade administrativa, em Estudos sobre improbidade administrativa, obra coletiva, Lumen Juris, 2010, p. 273-280.

⁴¹ Posicionamento jurisprudencial do STJ, CC 97.351/SP, rei. Min. Castro Meira. 1.3 Seção, j. 27.05.2009.

competência será da Justiça Federal. Não ocorrendo o interesse, competente será a Justiça Comum.

Entretanto, é sobretudo importante assinalar sobre a hipótese de verbas federais transferidas a um Município serem alvo de atos de improbidade administrativa. Assunto de grande polêmica, sendo inadequado o aprofundamento na presente obra por não ser este o foco em debate. Não quer isso dizer, entretanto, que não seja necessária uma abordagem sintetizada dos principais entendimentos sobre o assunto.

A saber, são três os posicionamentos predominantes, conforme bem dissertaram ANDRADE et al., 2016:

1º) **Compete à Justiça Federal:** posição minoritária⁴², embasada pela súmula 208 do STJ: *"Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal"*.

Ora, segundo o art. 71, VI, da CF, cabe ao Tribunal de Contas da União *"fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, aos Estados, Distrito Federal ou Municípios"*, por conseguinte, compete à Justiça Federal processar e julgar o caso, sendo, inclusive, evidente o interesse da União.

2º) **Compete à Justiça Estadual**⁴³: entendimento embasado na Súmula 209 do STJ, que assim dispõe: *"Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal"*. Tendo sido a verba repassada para o Município, incorporando, portanto, seu patrimônio, eventual desvio afetará somente o ente federativo beneficiado, único concretamente lesado.

3º) **A fixação da competência vai depender das pessoas que figurarem nos polos da ação:** para se identificar a jurisdição competente, é

⁴² ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 675.

⁴³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 378.

No STJ: CC 64.869/AL, 1.ª Seção, Rei. Min. Eliana Calmon, DJ 12.02.2007; CC 48.336/SP, 1.ª Seção, Rei. Min. Castro Meira, DJ 13.03.2006; CC 45.206/BA, 1.ª Seção, Rei. Min. José Delgado, DJ 2e.03.2005; CC 36.428/CE, 1.ª Seção, Rei. Min. Laurita Vaz, DJ 10.03.2003; CC 34.204/MG, 1.ª Seção, Rei. Min. Luiz Fux, DJ 19.12.2002.

necessário observar se a União, autarquias ou empresas públicas federais (art. 109, I, da CF), figuram na relação jurídica processual, na condição de autor, réu, oponente ou assistente. Caso a resposta seja positiva, a Justiça Federal será competente; caso contrário, a competência será da Justiça Estadual. Nessa esteira, este posicionamento vem sendo adotado pelo STJ recentemente.⁴⁴

Destarte, essa última posição é a dos referidos autores, que assim concluem:⁴⁵

“Esse terceiro entendimento, a nosso ver, espelha uma tendência de mudança positiva na jurisprudência do STJ, na medida em que confere tratamento mais técnico ao tema, adequando-o às regras de fixação de competência de jurisdição nas ações civis públicas, explicitadas no capítulo 2 desta obra, para o qual remetemos o leitor.”

Outra questão polêmica a ser tratada sobre fixação de competência sobreveio com o advento da Lei nº 10.628, de 24.12.2002, que inseriu o § 2º ao art. 84, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Neste ínterim, à guisa de exemplo, se o agente público acusado fosse o procurador-geral da República, ou um desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, ou até um ministro do Tribunal de Contas (art 86, III do CPP), o STF teria a competência especial por prerrogativa de foro para processar e julgar a eventual ação de improbidade administrativa.

⁴⁴ REsp 1.070.067/RN, 2.ª Turma, Rei. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.09.2010; e REsp 1.216.439/CE, 2.ª Turma, Rei. Min. Humberto Martins, j. 01.09.2011; REsp 1.325.491-BA, DJe

⁴⁵ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. e atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 815 – 816.

Todavia, essas duas regras trazidas pela Lei 10.628/2002 (§§ 1º e 2º do art. 84 do CPP), foram declaradas inconstitucionais no julgamento da ADI 2797.

Isso posto, inadequado seria esquecer de transcrever o resumo do julgado presente no Informativo 401 do STF⁴⁶:

“Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro – 2

*O Tribunal concluiu julgamento de duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB para declarar, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002 - v. Informativo 362. Entendeu-se que o § 1º do art. 84 do CPP, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário. Considerando, ademais, que o § 2º do art. 84 do CPP veiculou duas regras - a que estende, à **ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais** e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1º do citado artigo - concluiu-se que a **primeira resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal**, e, a segunda estaria atingida por arrastamento. **Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF**, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações*

⁴⁶Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo401.htm#Improbidade%20Administrativa%20e%20Prerrogativa%20de%20Foro%20-%20202>. Acesso em: 25 jan. 2019.

civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. Vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie que afastavam o vício formal, ao fundamento de que o legislador pode atuar como intérprete da Constituição, discordando de decisão do Supremo, exclusivamente quando não se tratar de hipótese em que a Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, em face de vício formal ou material, e que, afirmando a necessidade da manutenção da prerrogativa de foro mesmo após cessado o exercício da função pública, a natureza penal da ação de improbidade e a convivência impossível desta com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante instâncias judiciais distintas, julgavam parcialmente procedente o pedido formulado, para conferir aos artigos impugnados interpretação conforme no sentido de que: a) o agente político, mesmo afastado da função que atrai o foro por prerrogativa de função, deve ser processado e julgado perante esse foro, se acusado criminalmente por fato ligado ao exercício das funções inerentes ao cargo; b) o agente político não responde a ação de improbidade administrativa se sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato; c) os demais agentes públicos, em relação aos quais a improbidade não consubstancie crime de responsabilidade, respondem à ação de improbidade no foro definido por prerrogativa de função, desde que a ação de improbidade tenha por objeto ato funcional.

ADI 2797/DF e ADI 2860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.9.2005. (ADI-2797) (ADI-2860).” (grifo nosso)

Concluindo, nas palavras do eminente relator Sepúlveda Pertence⁴⁷:
“O meu voto acolhe basicamente a ação de improbidade por não se cuidar de uma competência penal e conseqüentemente não poder somar-se à competência originária do Supremo que é exclusivamente constitucional”.

⁴⁷Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65589&caixaBusca=N>. Acesso em: 25 jan. 2019.

4.3. Legitimados

Em primeiro lugar, quanto aos legitimados ativos, segundo os dizeres do *caput* do art. 17 da LIA, concorrem em igualdade para a propositura da ação de improbidade administrativa o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada.

Neste íterim, segundo a melhor doutrina⁴⁸, tendo em vista que a LIA salvaguarda o patrimônio público, não se ocupando da proteção do patrimônio privado das entidades descritas no parágrafo único do art. 1º, entende-se como pessoa jurídica interessada 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*” (art. 1º da LIA).

Em virtude dessas considerações, quanto ao Ministério Público, caso não ajuíze a ação de improbidade administrativa, deverá atuar, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade. (art. 17, § 4º, da LIA).

Quanto a pessoa jurídica interessada, oportuno se torne dizer sobre a mudança no §3º do art. 17 da LIA. Antes da promulgação da Lei nº. 9.366, de 1996, caso a pessoa jurídica interessada não ajuizasse a ação civil de improbidade administrativa, a mesma integraria a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha. Contudo, com a promulgação da Lei nº. 9.366/1996, alterando o §3º, este passou a prever que “*No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965.*”

Consoante noção cediça, a Lei nº. 4717/1965 regula a ação popular, assim, nos dizeres do 3º do art. 6º, *in verbis*:

⁴⁸ SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010. p. 122; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1023.; ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 121; ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 823; e GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 620.

§ 3º 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.

Em verdade, atualmente, é permitido à pessoa jurídica que tenha interesse, optar por integrar o polo ativo em litisconsórcio facultativo ativo, ou integrar o polo passivo, como litisconsórcio facultativo passivo, podendo contestar o pedido feito pelo Ministério Público, ou não ingressar na ação em nenhum dos polos.⁴⁹

Não quer isso dizer, entretanto, que poderá ser absolutamente livre para fazer essa escolha, sendo imperioso que esta decisão seja tomada pautada no interesse da coletividade.⁵⁰

Quanto a legitimidade passiva, esta é atribuída aos sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa, quais sejam os agentes públicos e os terceiros que concorram a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta. Além deles, como dito anteriormente, em conformidade com o §3º, do art. 17 que remete ao §3º, do art. 6º, da Lei da Ação Popular, as pessoas jurídicas interessadas também podem figurar no polo passivo da demanda em litisconsórcio facultativo passivo.

Ainda no assunto, uma questão que suscita o debate é a ocorrência ou não de litisconsórcio necessário passivo entre agentes públicos e os terceiros que concorram a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

É bem verdade que os terceiros que concorram ou se beneficiem com o ato de improbidade estão sujeitos aos dispositivos da LIA, entretanto, isso não se traduz na imposição da formação de litisconsórcio passivo necessário na correspondente ação de improbidade.⁵¹

⁴⁹ ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev .• atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 827.

⁵⁰ STJ, REsp 637.597/SP, 1.ª Turma, rei. Min. Luiz Fux, j. 10.10.2006

⁵¹ Op. cit. p. 825.

Sobre o litisconsórcio necessário, cumpre transcrever o art. 114 do Código de Processo Civil, e, subsequentemente, os comentários sobre o mesmo, coordenados pelos processualistas Wambier, Didier Talamini e Dantas⁵²:

“Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

O princípio básico informativo do litisconsórcio é o da facultatividade; vale dizer: o litisconsórcio forma-se segundo a vontade dos litisconsortes, obedecidas as hipóteses legais. Essa facultatividade implica em que o juízo seja competente para as causas de todos os litisconsortes, porquanto nos demais casos legais, o que prorroga a competência do juízo é a conexão entre as causas. A facultatividade sofre exceção nos casos em que impõe-se a indispensabilidade do litisconsórcio. Nessas hipóteses “somente uma pluralidade de pessoas é legitimada a agir em juízo”, fenômeno que se apresenta como excepcional e assim deve ser interpretado. Essa modalidade de litisconsórcio denomina-se compulsório, obrigatório ou necessário, razão pela qual não pode ser desmembrado. A sentença no litisconsórcio necessário deve ser formalmente una e materialmente dúplice, dispondo o juiz, em ‘simultaneus processus’, sobre a situação jurídica de todas as partes litisconsorciadas. Assim, v.g., na ação de anulação de ato jurídico todos os partícipes devem figurar como litisconsortes no processo, sob pena de tornar-se nula ou ineficaz a sentença, consoante dispõe o novel código.”

Como se depreende dos dizeres dos brilhantes processualistas, o litisconsórcio necessário tem caráter excepcional, “sendo o princípio básico informativo do litisconsórcio a facultatividade”, em razão disso, andou bem o legislador ao taxar as hipóteses em que o litisconsórcio seria necessário, quais

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico] / Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. coordenadores. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015. Comentários ao art. 114 do CPC.

sejam a **determinação legal**, ou quando, **pela natureza da relação jurídica em litígio, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.**

Sobre a primeira hipótese, resta aclarado, após breve análise da LIA, em especial de seu art. 3º, que não foi legalmente disposto a necessidade de se formar um litisconsórcio no polo passivo da ação de improbidade.

Sobre a segunda hipótese, da mesma sorte, não é imperioso que a sentença a ser proferida na ação de improbidade administrativa seja materialmente incidível aos litisconsortes, mesmo porque a responsabilização do agente público independe da responsabilização do particular que incorreu ou se beneficiou do ato de improbidade.

Sobre este último parágrafo, a recíproca não é verdadeira, isso porque não é cabível a propositura de uma ação de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a presença do agente público em litisconsórcio passivo.⁵³

De feito, não obstante a sentença que decidir a lide poder condenar o agente público às sanções da LIA sem a necessidade de o particular que, eventualmente, incorreu com o agente público, ou se beneficiou da conduta ímproba deste, figure no polo passivo da ação de improbidade (não sendo caso, portanto, de um litisconsórcio necessário), de outra face, o particular somente figurará como parte na presença do agente público.

4.4. Os pedidos na ação de improbidade administrativa

Sobre o tema, em sede doutrinária, ensina Teori Albino Zavascki⁵⁴:

"A característica fundamental da ação de improbidade administrativa, repita-se, é a de ser uma ação tipicamente repressiva: destina-se a impor sanções. Todavia, é uma ação de dupla face: é repressiva-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressiva-punitiva, no que se refere às demais sanções. Quanto ao primeiro aspecto, ela é

⁵³ STJ, AgRg no AREsp 574.500, j. 2.6.2015, e REsp 1.282.445, j. 24.4.2014.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

semelhante à ação civil pública comum; mas quanto ao segundo aspecto, ela assume características incomuns e inéditas, sem similar em nosso sistema processual civil. O seu objeto específico, de aplicar sanções substancialmente semelhantes às impostas nas infrações penais, não só a afasta dos padrões civis comuns, como a aproxima necessariamente da ação penal.

*Ademais, é importante destacar que a ação de improbidade **não comporta pedido isolado de condenação ao ressarcimento de danos ao erário. Para essa espécie de pretensão já existe a ação civil pública regida pela Lei 7.347/85, que oferece meios muito mais adequados e eficientes.** Ressarcir danos, já ficou asseverado, não é propriamente uma punição ao infrator, mas sim uma medida de satisfação ao lesado, e a **ação de improbidade destina-se prioritariamente a aplicar penalidades e não a recompor patrimônios.** Assim, o **pedido de ressarcimento de danos, na ação de improbidade, não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito.** O reconhecimento da obrigação de ressarcimento de danos, sob esse aspecto, é espécie de efeito secundário necessário da punição do ato de improbidade, a exemplo do que ocorre na sentença condenatória penal (CP, art. 91, II). (...). Aliás, não teria sentido algum imaginar a ocorrência de coisa julgada material, apta a inibir um novo pedido de ressarcimento, nos casos em que a ação de improbidade tivesse sido julgada improcedente por ausência de dolo (como, v.g., nos ilícitos que tratam os art. 9º e 11 da Lei 8.429/92). A existência desse requisito é condição para a aplicação da sanção punitiva, mas não para a obrigação de reparar danos, que, em qualquer caso, depende apenas da culpa."**(grifo nosso)***

Em verdade, os legitimados ativos, obrigatoriamente, ao ajuizarem uma ação civil de improbidade administrativa, deverão pedir a condenação dos requeridos a, pelo menos, uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito. E,

caso o ato de improbidade tenha ocasionado algum dano ao patrimônio público, os legitimados ativos postulariam uma pretensão repressiva-reparatória.

Finalmente, cumpre ressaltar que o eminente doutrinador assemelhou a ação de improbidade administrativa a ação civil pública, entretantes, esta obra já abordou o fato de a ação civil de improbidade administrativa ser gênero de ação civil pública, e, também, de a LIA estar inserida no microsistema processual coletivo, posta assim a questão, interessante se faz dizer que, malgrado a pretensão nas ações de improbidade, nas palavras de ZAVASCKI, 2006, ter natureza tipicamente repressiva (repressiva-reparatória e repressiva-punitiva), não se traduz na impossibilidade de cumulação de outros pedidos de natureza diferente.

É bem verdade que a LIA se insere no microsistema processual coletivo, de modo que se aplicam, subsidiariamente, naquilo que não contradizer o regramento da LIA, a LACP e o CDC, por exemplo. Por conseguinte, essa aplicação possibilita, que os legitimados ativos, cumulem, à guisa de exemplo, um pedido de condenação do agente público a perda da função, ao ressarcimento do prejuízo causado ao erário, a devolução dos valores ilícitamente acrescidos ao seu patrimônio e a anulação de um contrato administrativo em razão da ocorrência de um procedimento de licitação fraudulento.⁵⁵

4.5. Providências cautelares

Algumas medidas provisórias de natureza cautelar estão previstas na LIA, a saber: **i. a indisponibilidade dos bens (art. 7º); ii. o sequestro (art. 16); iii. e 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 (parágrafo único do art. 20).**

Antes de continuar, reforça-se que este trabalho não abordará o procedimento administrativo, sendo oportuno dizer, tão somente que as duas

⁵⁵ Neste ínterim: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 182; e ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 828.

primeiras medidas poderão ser aplicadas somente no âmbito judicial, sendo a última a única que pode ser aplicada tanto na seara judicial quanto na administrativa.

Outrossim, repete-se, apenas à título de argumentação, o entendimento de que a ação de improbidade, como gênero de ação civil pública, tutela direitos difusos, tendo como fundamento a Lei de improbidade administrativa, no que couber, o microsistema processual coletivo, e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Diante dessas considerações preliminares em breve trecho, a nosso pensar, as três medidas abordadas neste subtópico têm caráter cautelar, podendo ser classificadas como mecanismos processuais destinados a assegurar a efetividade do processo, garantindo a futura produção de seus resultados úteis, sendo este o sentido atribuído as tutelas cautelares pela melhor doutrina (CÂMARA, 2017).

Ainda, malgrado a afirmação de que o afastamento do agente público poder se confundir com uma tutela satisfativa, devido ao fato de a determinação do afastamento culminar com a realização prática da pretensão repressivo-punitiva quando um dos pedidos presentes na ação for a sanção de perda da função, ao considerar o assunto tecnicamente, tal conclusão não nos parece correta. Com efeito, primeiramente, o simples afastamento do agente público não configura a perda da função, ademais, a própria letra da lei aponta a medida como um mecanismo para assegurar a instrução processual, a efetividade do processo, o resultado útil.

Seguindo, impende aduzir sobre o caput do art. 17, que traz o prazo de 30 dias, ao MP, a contar da efetivação da medida cautelar, para a propositura da ação principal.

Ora, a nosso pensar, não parece condizente com o ordenamento processual civil atual a positivação, e, realmente não é, isso porque a autonomia entre a ação principal e a ação cautelar que existia no antigo Código de Processo Civil não impera mais no atual. Nos dias de hoje, o que existe, é a postulação de uma tutela provisória cautelar antecedente ao pedido principal, cautelar esta que será postulada ao juízo em tese competente para conhecer do pedido principal, que já ficará com sua competência fixada para posteriormente conhecer também deste (art. 299).

Nesse tema, convém transcrever a conclusão feita por ANDRADE et al. (2016), que, de forma ímpar, sintetiza a forma como se deve ler o caput do art. 17:

“Já sob a vigência do novo CPC, que aboliu o processo cautelar como forma de prestação jurisdicional específica, o texto do art. 17 da LIA deverá sofrer uma releitura. Explico melhor: de acordo com o novo CPC, as medidas cautelares poderão ser concedidas em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único), mas sempre nos mesmos autos em que é deduzido o pedido principal. Vale dizer, não existirá mais uma ação cautelar autônoma. Logo, não haverá mais sentido falar-se em "ação principal", mas sim em pedido principal.

Nessa ordem de ideias, entendemos que o artigo 17, caput, da Lei 8.429/1992, deverá ser interpretado em conformidade com o art. 308 do novo Código de Processo Civil, o qual, ao regulamentar o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, assim dispõe: ‘Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais’(grifo nosso).”

Isso posto, inadequado seria esquecer de mencionar que, não obstante ao fato de que o caput do art. 17 mencione apenas o Ministério Público, assim como no caso da medida cautelar de indisponibilidade de bens, parece correto pensar que, dada a natureza assecuratória dessas medidas, terão legitimidade ativa para pleitear a cautelar em juízo todos os ativos da ação de improbidade administrativa, a saber, o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas (ANDRADE et al., 2016).

De resto, impende aduzir especificamente sobre cada uma das medidas cautelares:

1) Indisponibilidade de bens: positivada no artigo 7º da LIA:

“Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a 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.”

Instituída no texto constitucional, em seu art. 37, §4º, esta medida impossibilita que o legitimado passivo que cause lesão ao patrimônio público, ou que enriqueça ilicitamente possa dispor de seus bens, garantindo assim o efetivo ressarcimento ou a eventual devolução do patrimônio acrescido ilicitamente.

O art. 300 do CPC apresenta os requisitos para a concessão da medida, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo ser concedidas em caráter antecedente ou incidental. (art. 294, parágrafo único) (ANDRADE et al., 2016).

A respeito do cabimento da medida, nos filiamos a parte da doutrina⁵⁶ que sustenta a decretação da cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor do agente que praticar qualquer uma das três modalidades de atos de improbidade administrativa, seja o ato que importa enriquecimento ilícito, seja o ato que causa prejuízo ao erário, seja o ato atentatório à princípios administrativos.

Posta assim a questão, entende-se que, quando o caput do art. 7º da LIA sujeita a cautelar de indisponibilidade de bens à ocorrência de "lesão ao patrimônio público", a saber, abarca toda e qualquer lesão ao patrimônio público, seja ofensa material, seja ofensa moral, logo, mister apontar para a possibilidade de concessão da medida contra agente público que praticar ato lesivo à princípios da administração, mesmo que não tenha praticado as outras duas

⁵⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 452; MARQUES, Silvio Antônio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 177; ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 802; e GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 754.

modalidades de atos de improbidade.

Quanto aos pressupostos de admissibilidade da medida, nos filiamos a corrente que exige apenas o requisito da verossimilhança do direito invocado, ou seja, possível a decretação da medida caso exista indício embasados da ocorrência do ato de improbidade administrativa, isso porque o *periculum in mora* é presumido. Entrementes, sendo esta a posição consolidada no STJ, transcreve-se o resumo do julgado do REsp 1.366.721/ BA, presente no Informativo nº. 547 do STJ:

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PREVISTA NO ART. 7º DA LEI 8.429/1992. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

*É possível decretar, de forma fundamentada, medida cautelar de indisponibilidade de bens do indiciado na hipótese em que existam fortes indícios acerca da prática de ato de improbidade lesivo ao erário. De fato, o art. 7º da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) instituiu medida cautelar de indisponibilidade de bens que apresenta caráter especial em relação à compreensão geral das medidas cautelares. Isso porque, para a decretação da referida medida, embora se exija a demonstração de *fumus boni iuris* - consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade -, é desnecessária a prova de *periculum in mora* concreto - ou seja, de que os réus estariam dilapidando efetivamente seu patrimônio ou de que eles estariam na iminência de fazê-lo (colocando em risco eventual ressarcimento ao erário). O **requisito do *periculum in mora* estaria implícito** no referido art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, que visa assegurar "o integral ressarcimento" de eventual prejuízo ao erário, o que, inclusive, atende à determinação contida no art. 37, § 4º, da CF (REsp 1.319.515-ES, Primeira Seção, DJe 21/9/2012; e EREsp 1.315.092-RJ, Primeira Seção, DJe 7/6/2013). Ora, como a indisponibilidade dos bens visa evitar que ocorra a dilapidação patrimonial, não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição*

ou dissipação, na medida em que exigir a comprovação de que esse fato estaria ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da medida cautelar em análise (REsp 1.115.452-MA, Segunda Turma, DJ 20/4/2010). Além do mais, o disposto no referido art. 7º em nenhum momento exige o requisito da urgência, reclamando apenas a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito. REsp 1.366.721-BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, julgado em 26/2/2014.” (grifo nosso)

Ora, apura-se a desnecessidade de comprovação do periculum in mora, quer seja em razão da indisponibilidade dos bens ser uma hipótese em que a existência do perigo de dano está implícita no “referido art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, que visa assegurar “o integral ressarcimento” de eventual prejuízo ao erário, o que, inclusive, atende à determinação contida no art. 37, § 4º, da CF”.⁵⁷

Quer seja em razão do disposto no art. 7º não exigir, em nenhum momento, o requisito da urgência, requisitando apenas que se demonstre que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito, **ou atentou contra princípios da administração pública (adendo nosso).**

Ante ao exposto, tendo o relator não disposto sobre a necessidade de *demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo* (art. 311, caput, do CPC) para a concessão da cautelar de indisponibilidade de bens, pedindo apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de condutas administrativamente ímprobas, atos de improbidade, conclui-se que o art. 7º da LIA estabeleceu uma espécie de tutela provisória de evidência.

Com a devida vênia aos doutrinadores com entendimento em sentido contrário, como bem citou ANDRADE et al., 2017, está se consolidando na

⁵⁷ REsp 1.319.515-ES, Primeira Seção, DJe 21/9/2012; e EREsp 1.315.092-RJ, Primeira Seção, DJe 7/6/2013

jurisprudência do STJ⁵⁸ o entendimento de que a decretação da indisponibilidade de bens prescinde da demonstração do risco de dano, seja porque o periculum in mora é presumido, seja porque foi estabelecida uma espécie de tutela provisória de evidência, representando uma mudança de orientação jurisprudencial, tendo em vista que a Corte seguia contrariamente a esse entendimento.⁵⁹A saber, esse é o pensamento do professor José Roberto Bedaque dos Santos, acompanhado de outros doutrinadores.⁶⁰

Finalmente, quanto ao alcance da medida, o parágrafo único, do art. 7 da LIA nos esclarece que a indisponibilidade recaía sobre tantos bens necessários para assegurar o integral ressarcimento dos danos patrimoniais causados, materiais e morais, ou a devolução do acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

2) **Sequestro**: positivado no artigo 16º, caput e incisos, da LIA:

“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 sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º. O pedido de sequestro 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.”

⁵⁸ REsp 1.366.721/ BA, 1ª Seção, rei. Min. Og Fernandes, j. 06.02.2014; REsp 1190846/PI, 2.ª Turma, rei. Min. Castro Meira, DJU 10.02.2011; REsp 1.319.515-ES, Primeira Seção, DJe 21/9/2012; e REsp 1.315.092-RJ, Primeira Seção, DJe 7/6/2013;

⁵⁹ Em sentido contrário: REsp 731109, 2.ª Turma, rei. Min. João Otávio de Noronha, j. 02.02.2006.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 305-307. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. Revista da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, vol. 7, n. 1; ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfô Andrade. 6. ed. rev. .• atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 802; e GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 803

O sequestro é medida tipicamente cautelar que visa proteger de um perigo de dano a tutela do direito à coisa, não podendo alcançar, genérica e indiscriminadamente, todo o patrimônio do agente, tendo em vista que não se confunde com arresto, medida que tem como objetivo salvaguardar de um perigo de dano o direito à tutela ressarcitória.⁶¹

Ao tratar do sequestro, seguindo a didática da medida anterior, primeiro nos ocupa o assunto do cabimento da medida. Neste caso, o sequestro só terá cabimento em relação aos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, conforme o disposto no caput do art. 16 da LIA.

Quanto aos pressupostos de admissibilidade, diferente também da cautelar de indisponibilidade de bens, serão exigidos o *fumus boni iuris* (fundados indícios da prática do ato ímprobo) e o *periculum in mora* (risco de dissipação dos bens), cuja comprovação será sempre necessária.

Finalmente, quanto ao alcance da medida, impende observar que somente os bens incorporados ao patrimônio legitimado passivo, por meio da prática do ato de improbidade administrativa poderão ser sequestrados.⁶²

3) Afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função: positivado no parágrafo único do art. 20 da LIA:

“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.”

Trata-se, como anteriormente aludido, de mecanismos processual cautelar destinado a assegurar a efetividade a instrução processual e que

⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico] / Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.], coordenadores. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015. Comentários ao art. 301 do CPC.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, RAFAEL Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. São Paulo. Método, 2012, p. 264.

somente se legitima em situações excepcionais.

Com efeito, quando a medida for postulada em juízo, assim como no caso da indisponibilidade de bens quanto do sequestro, poderá ser pleiteada tanto em caráter antecedente, como em caráter incidental, seguindo o regramento disposto no Código de Processo Civil, nos artigos 294 e seguintes (ANDRADE et al., 2016)

Quanto ao cabimento, tendo em vista que se trata de medida excepcional, como já decidiu o STJ⁶³, o pedido de afastamento do cargo só pode ser deferido caso existam provas robustas de que o agente público, em razão de seu exercício funcional, esteja dificultando a instrução processual, e também no caso de não existirem outros meios que possibilitem garantir a instrução processual.⁶⁴

Quanto aos pressupostos de admissibilidade, assim como a medida cautelar do sequestro, serão exigidos o *fumus boni iuris* (fundados indícios da prática do ato ímprobo) e o *periculum in mora* (risco de dissipação dos bens), cuja comprovação será sempre necessária.

Finalmente, quanto ao alcance da medida, sobreleva-se que a cautelar de afastamento do agente público do cargo será mantida por prazo razoável a ser fixado pelo juiz, até o decurso deste prazo, ou até o fim da instrução processual.

⁶³ AgRg na SLS 867/CE, Corte Especial, rei. Min. Ari Pargendler, j. 05.11.2008. No mesmo sentido: STJ, AgRg na SLS 1.382/CE, Corte Especial, rei. Min. Ari Pargendler, DJe 23.09.2011

⁶⁴ REsp 550.135-MG, 1.ª Turma, rei. Min. Teori Albino Zavaschi, DJ 17.02.2004.

5. PROCEDIMENTO JUDICIAL

5.1. Generalidades

O procedimento judicial da ação civil de improbidade administrativa é regulado pelos arts. 17 e 18 da Lei nº 8.429/1992. Em verdade, destaca-se os principais aspectos relativos ao processo judicial.

O caput do art. 17 da LIA, trouxe, como rito a ser seguido na ação civil de improbidade administrativa, o ordinário. Contudo, a lei de improbidade foi promulgada no ano de 1992, e, durante todo esse tempo, o caput referido nunca foi alterado, tendo como imprescindível uma adaptação ao Novo Código de Processo Civil.

Consoante noção cediça, o novo CPC deixou de cindir o procedimento em ordinário e sumário, mantendo apenas o procedimento comum. Isso posto as normas seguintes ao caput do art. 17, positivam um procedimento especial de jurisdição contenciosa. Por conseguinte, a ação civil de improbidade administrativa seguirá um procedimento especial, e subsidiariamente, serão aplicadas as normas do microsistema processual coletivo, e, seguidamente, no que couber, o Código de Processo Civil.

Em linhas gerais, a especificidade contida no procedimento especial da LIA é uma espécie de fase preliminar, regulada nos §§ 6º a 12 do art. 17. O §6º do art. 17 demanda que a inicial seja *instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.*

Estando a inicial apta, com indícios suficientes da existência da conduta ímproba ou com razões suficientes da impossibilidade de apresentar tais indícios, *o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (§7º do art. 17).*

A saber, a ausência de notificação só ensejará nulidade dos atos processuais quando for comprovado o efetivo prejuízo decorrente desta, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.⁶⁵

Seguindo, recebida a defesa por escrito, *o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da impropriedade da ação ou da inadequação da via eleita* (§8º do art. 17).

Em linhas gerais, ajuíza-se a ação civil de improbidade administrativa, munindo a inicial em conformidade com o §6º do art. 17, depois, o juiz da a oportunidade de contraditório prévio aos agentes públicos e os terceiros causadores do ato de improbidade, isso porque, sequencialmente, ocorrerá um verdadeiro juízo de admissibilidade feito pelo juiz (§8º do art. 17).

Neste juízo de admissibilidade, o juiz, em 30 dias, ou rejeitará a ação, ou receberá a inicial, citando o réu para apresentar contestação, seguindo o processo, desse ponto, o procedimento comum disposto no Código de Processo Civil.

No caso presente, salutar transcrever o que foi aludido com muita maestria por ANDRADE et al., 2016, ao sintetizar as hipóteses de rejeição da ação:

“a) da inexistência do ato de improbidade: o julgador se convence de que a conduta imputada ao demandado sequer existiu no plano material. Ex.: não recebimento de propina, na hipótese do art. 9º da LIA (enriquecimento ilícito). Nesse caso, a decisão terá natureza jurídica de sentença definitiva, extinguindo o processo com resolução do mérito;

b) da impropriedade da ação: dá-se quando o julgador se convence de que a conduta imputada ao demandado, embora existente, não se subsume à tipologia da LIA, dada a ausência dos elementos essenciais à caracterização do ato de improbidade. Ex.: ausência de dolo na hipótese do art. 11 da LIA (atentado contra os princípios da Administração). Nesse caso, a

⁶⁵ AgRg no REsp 1.127.400/MG, Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, j. 08.02.2011; REsp 1.184.973/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 21.10.2010; e REsp 1.174.721/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 29.06.2010.

decisão também terá natureza de sentença definitiva, extinguindo-se o feito com julgamento de mérito;

c) da inadequação da via eleita: o juiz se convence da ausência de interesse processual, marcada pela inadequação da via eleita. Ex.: ajuizar ação civil de improbidade visando única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Sobre essa causa de rejeição da inicial, três aspectos merecem ser destacados:

- a decisão também terá natureza de sentença, mas encerrará o processo sem julgamento do mérito (terminativa), pois que terá reconhecido a ausência de uma das condições da ação;*

- embora a LIA tenha feito menção apenas à inadequação da via eleita, nada impede que o juiz rejeite a inicial pela ausência de outros pressupostos de admissibilidade de julgamento do mérito. Ex.: ilegitimidade passiva ad causam;*

- nos termos do art. 17, § 11, da LIA, o juiz poderá, em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, extingui-lo sem julgamento do mérito.”*

Adiante, ainda nas palavras de ANDRADE et al., 2016:

“...a inicial também poderá ser rejeitada quando não observar o disposto no § 6º do art. 17, isto é, quando não estiver instruída com indícios suficientes da existência do ato de improbidade. Tal decisão terá natureza de sentença terminativa, porquanto significará apenas a insuficiência da prova. Não há exame do mérito, mas de forma.”

Concluindo o caso em tela, o juiz rejeitará a ação de improbidade no caso de insuficiência de provas para a comprovação da existência do ato de improbidade, ou, de outra face, quando o julgador tiver certeza que o ato não existiu; no caso de o juiz entender que a conduta do agente público não for tipificada em um dos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, todos da LIA, sendo caso de improcedência da ação; ou, no caso de falta de interesse processual seja em decorrência da inadequação da via eleita, seja pela ausência de outros

pressupostos processuais. Quanto a natureza das decisões judiciais que rejeitem a ação, estas serão discutidas mais adiante, no capítulo que tratar sobre as sentenças nas ações de improbidade administrativa.

Por fim, cumpre ressaltar que a decisão que recebe a petição inicial é passível de agravo de instrumento (art. 17, § 10 da LIA), no qual o Tribunal apreciará as questões do contraditório inicial: a existência ou não de ato de improbidade, a improcedência da ação e a adequação ou não da via eleita.⁶⁶

5.2. Autocomposição na ação de improbidade administrativa

A Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) que dispõe sobre as sanções dos atos de improbidade praticados por qualquer agente público contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes dos entes políticos, de empresas incorporadas ao patrimônio público ou de entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual⁶⁷, veda, em seu art. 17, §1º, a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Nesta senda, oportuno se torna lembrar que, no dia 18 de dezembro de 2015, a Presidência da República editou a Medida Provisória 703, que revogou expressamente o § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa. Ainda sobre o assunto, rememora-se que, sob o aspecto formal, a constitucionalidade da medida provisória é questionável, por conter normas processuais. O art. 62, § 1º, I, b, da Constituição de 1988, claramente veda a edição de medida provisória sobre Direito Processual Civil.

Posta assim a questão, tal discussão se mostrou inócua em razão de a MP 703 ter tido seu prazo de vigência encerrado pelo Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 2016, perderá sua eficácia, desde a edição, pois não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional restabelecendo o tratamento dado à matéria pela LIA, razão pela qual subsiste

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p.1357, remetendo ao julgamento do STJ, REsp 1.073.233-MG, Rel. Min. LUIZ FUX, em 18.6.2009.

⁶⁷ Artigo 1º, “caput” da Lei n. 8.429/1992

a vedação de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Malgrado a esta vedação, emerge no cenário nacional um movimento doutrinário e institucional defendendo um verdadeiro esvaziamento na eficácia do parágrafo acima citado e a inconstitucionalidade por vício material deste. Referida defesa tem como base diversos dispositivos localizados nas leis pertencentes ao microssistema que tutela o patrimônio público, dispositivos tais que trazem a possibilidade da celebração de acordos buscando uma maior celeridade e eficiência no combate a corrupção, agilizando o ressarcimento do erário público e a punição dos agentes transgressores.

De todo modo, conforme o entendimento da melhor doutrina, (GARCIA E ALVES, 2008) a vedação do §1º do art. 17 não insurge como um obstáculo à celebração de um acordo abordando as condições, o prazo e o modo de reparação do dano ao erário ou da devolução do patrimônio acrescido ilicitamente por um agente público, quando for o caso.

Indo além, a nosso pensar, esta vedação destoa do art. 5º, §6º da LACP, ao positivar o Termo de Ajustamento de Conduta, destoa do acordo de leniência trazido pela lei anticorrupção, em seu art. 16 e seguintes além de não se alinhar, a nova lei de mediação, que, à guisa de exemplo, prevê, no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a composição extrajudicial do conflito, estabelecendo essa possibilidade inclusive no caso de matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa (art. 36, §4º da 13.140/2015).

Entrementes, é certo que este assunto é muito controvertido na doutrina, ainda levando em consideração, imprescindivelmente, a posição institucional do Ministério Público, assumida principalmente na resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público e a Nota Técnica 1/2017 e a Orientação 7/2017, ambas emitidas por meio da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, trazendo aos dias atuais um Ministério Público engajado e menos demandista, buscando a autocomposição como forma de resolução célere dos conflitos, todavia, não é objeto desta obra adentrar nas nuances do tema.

Não quer isso dizer, entretanto, que não seja necessário fazer-se

anotar que foi ajuizada recentemente, mais precisamente no dia 30 de julho de 2018, pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, por estar este, segundo as palavras do demandante, violando os princípios constitucionais da segurança jurídica (art. 5º, caput e XXXVI), da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput), da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV), bem como da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). A presente ADI 5980 tramita no STF, número único 0075402-71.2018.1.00.0000, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, e merece toda a atenção que puder ser dispensada.

5.3. Sentença e coisa julgada

Antes de tudo, cumpre tratar sobre a decisão que rejeitar a ação no juízo de admissibilidade preliminar do julgador. Consoante os dizeres sempre expressivos de ANDRADE et al., 2016, são três as decisões a serem tomadas pelo juiz no caso de rejeitar a ação, quais sejam: i. a rejeição da ação em razão do convencimento pela inexistência do ato de improbidade; ii. improcedência da ação tendo em vista que a conduta do agente público não foi tipificada como um ato de improbidade pela LIA; iii, rejeição da ação por falta de interesse processual, seja em decorrência da inadequação da via eleita, seja pela ausência de outros pressupostos processuais; e iv. rejeição em razão da insuficiência de provas que comprovem a existência do ato de improbidade.

Nos dois primeiros casos, a decisão também terá natureza de sentença definitiva, extinguindo-se o feito com julgamento de mérito.

No segundo e no terceiro caso, seja a decisão que rejeite a ação em decorrência da inadequação da via eleita, seja pela falta de outros pressupostos processuais, esta terá natureza de sentença terminativa, encerrando o processo sem julgamento de mérito pois terá reconhecido a ausência de uma das condições da ação.

No último caso, a decisão terá natureza de sentença terminativa, porque não julgará o mérito da ação.

Se porventura o juiz não proferir uma sentença encerrando o processo na fase preliminar, rejeitando a ação, proferirá esta ao final do procedimento comum (lembrando que ao não rejeitar a ação, o juiz citará o requerido para

contestar, seguindo a ação pelo rito do procedimento comum), julgando a ação o mérito da ação procedente ou improcedente.

Por óbvio, se o juiz julgar, ao final do procedimento comum, a ação civil de improbidade administrativa procedente, significa que ele acolherá as pretensões do autor, declarando a conduta como administrativamente ímproba, condenando o requerido às sanções previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

De outra parte, se o juiz julgar improcedente a ação civil de improbidade administrativa, significa que ele não acolherá os pedidos feitos pelo autor, *“quer seja por ausência de provas (quanto à existência da conduta ímproba, quanto à autoria, concurso ou participação, quanto aos elementos essenciais à caracterização do ato ímprobo), quer seja por outros fundamentos (prova da inexistência do ato; atipicidade da conduta; prova da ausência de participação etc.)”* (ANDRADE et al., 2016).

Quanto a operação da coisa julgada nessas decisões, tal assunto será tratado mais adiante neste capítulo, isso porque, em um primeiro momento, é necessário trazer breves considerações sobre a coisa julgada nas ações civis de improbidade administrativa.

Em primeiro lugar, não existe hoje em dia um entendimento uníssono sobre o regime jurídico aplicável à coisa julgada. A LIA, como já aludido anteriormente neste trabalho, tem regramentos próprios sobre direito material e direito processual, inclusive, regulando um procedimento especial para as ações de improbidade. Não obstante a isso, a referida lei não trata sobre qual regime jurídico deve ser aplicado a coisa julgada, se o estabelecido no Código de Processo Civil, se o aplicado as demandas coletivas, ou um regime misto.

Segundo alguns doutrinadores⁶⁸, a coisa julgada, nas ações de improbidade, segue o regime do CPC. As sentenças que não resolvam o mérito operam apenas o efeito da coisa julgada formal, ao passo que as sentenças que resolvam o mérito, farão coisa julgada material, com eficácia apenas entre as partes.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Amoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 33. ed. São Paulo: Malheiros, p. 257.

Outros ⁶⁹ entendem que a coisa julgada segue um regime jurídico misto. Isso decorre da função da dupla-face da ação de improbidade administrativa, ou seja, com relação à pretensão repressivo-reparatória (ressarcir ao erário) aplica-se o regime da coisa julgada coletiva, e com relação à pretensão repressivo-punitiva (aplicar sanções) aplica-se o regime da coisa julgada comum.

Neste sentido, nos dizeres sempre expressivos de ZAVASCKI, 2009

“A semelhança da ação de improbidade administrativa com a ação civil pública e com a ação popular, no que se refere à pretensão de reparar danos causados ao erário determinam, no particular, a aplicação analógica de regras que regulamentam essas ações. É assim, conforme já acentuado, no que diz respeito ao regime da coisa julgada, que será erga omnes, mas secundum eventum litis, não produzindo tal eficácia se for julgada improcedente por deficiência de prova. (...) Quanto à coisa julgada, o regime aplicável, no que se refere a aplicação de penalidades, é o comum do processo civil: as sentenças terminativas (as que extinguem o processo sem julgar o mérito) operam apenas o feito preclusivo próprio da coisa julgada forma, e as sentenças definitivas (as que apreciam o mérito) assumem a imutabilidade característica da coisa julgada material, prevista no artigo 467 do Código de Processo Civil.”

Compartilhando deste pensamento, Didier e Zaneti Jr.⁷⁰:

“Muito embora o STF já tenha pacificado que a ação de improbidade administrativa é uma ação de natureza civil, nesse caso, para o fim da aplicação da garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica, em função da gravidade das conseqüências não só na esfera dos direitos subjetivos do indivíduo, mas também no âmbito público (perda

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 103-131

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo, vol. 4, 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2009. p. 364.

do cargo, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com Poder Público), com relação ao primeiro pedido, a ação de improbidade administrativa merece uma disciplina própria, porquanto o objetivo seja a aplicação de uma sanção civil à prática de um ilícito. Trata-se de demanda com alto teor sancionatório. Em relação a essa parte do objeto litigioso do processo, parece mais adequado, realmente, seguir o regime jurídico da coisa julgada comum: quaisquer decisão de mérito, favorável ou não à pretensão do autor, está apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Realmente, não seria razoável admitir que se pudesse renovar a demanda pela aplicação de sanções ao ato de improbidade, no caso de a primeira demanda haver sido rejeitada por insuficiência de provas.”

Adiante, ainda nas palavras dos doutrinadores:

“Sucedede que, em relação ao capítulo indenizatória (sic) do objeto litigioso do processo de improbidade, parece mais adequado aplicar a regra geral do microssistema da tutela coletiva, pois, nesse caso, nada há na ação de improbidade que a distinga de outras ações coletivas ressarcitórias. O pensamento é fortalecido com a regra constitucional que torna imprescritível a pretensão ressarcitória decorrente de atos de improbidade, já examinada no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva, neste volume do Curso.”

Em que pese os ilustres doutrinadores que entendem por uma das duas hipóteses acima, nos parece mais correta que seja aplicado o regime jurídico da coisa julgada das ações coletivas para a ação de improbidade administrativa.

Como já foi aduzido nesta obra, aplica-se para a ação civil de improbidade administrativa o microssistema processual coletivo. Dentre os motivos já aludidos, destaca-se novamente o fato de se classificar a probidade

administrativa como um interesse difuso. Entrementes, nas palavras de Sobrance⁷¹:

“O princípio da proibidade administrativa ostenta natureza difusa, já que compreende o conjunto de valores legais, morais e éticos que o ordenamento exige de todo e qualquer agente público, sendo de interesse de toda sociedade, cuja ofensa atinge a todos os cidadãos indeterminadamente e possui objeto incindível. (...) Esses elementos são suficientes para classificar a proibidade administrativa como interesse ou direito difuso que, se violado, deverá ser restabelecido por meio da declaração de invalidade do ato ímprobo praticado (se o caso) e da aplicação das sanções cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa, incluída a reparação do dano ao Erário, expressão econômica do patrimônio público que deve ser preservado em prol de toda a coletividade. Por conseguinte, a demanda que veicula tais pretensões possui natureza coletiva, como afirmado majoritariamente pela doutrina, o que exsurge não só pela pretensão consubstanciada pela causa de pedir e pelo pedido, mas também pela natureza do próprio direito material, conforme visão de José Roberto dos Santos Bedaque. Essa constatação, por si só, leva à conclusão inarredável de que à ação de improbidade administrativa devem ser aplicadas as regras do microssistema do processo coletivo. Portanto, naquilo em que a Lei de Improbidade Administrativa não regulou em termos processuais ou procedimentais, incidem os comandos normativos do microssistema do processo coletivo, formado pela conjugação dos preceitos da Lei da Ação Popular; da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor e, apenas de forma subsidiária, serão acionadas as regras comuns do processo civil individual.”

Tendo esta posição em vista, oportuno se torna dizer que a improbidade administrativa agride o patrimônio público, seja o patrimônio moral,

⁷¹ SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada, São Paulo: Atlas, 2010, p. 255.

seja o patrimônio material, além da própria probidade administrativa. Com isso, a ação civil de improbidade administrativa claramente visa tutelar estes interesses difusos. Outrossim, sendo a mesma proposta por um ente coletivo (Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada), tem-se presente se tratar de uma ação coletiva. Neste sentido, Bueno e Porto Filho⁷² sobre a proteção coletiva a ação civil de improbidade administrativa:

“Nesse contexto é que surge a Lei de Improbidade Administrativa, outorgando legitimidade ao Ministério Público e às pessoas jurídicas interessadas (que tenham tido o patrimônio público lesado) para a propositura de ação civil, pelo rito ordinário, que tem por finalidade obter: reparação do dano ao erário e/ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente e/ou perda da função pública e/ou suspensão dos direitos políticos. Disso conclui-se que se trata de uma ação civil (expressamente dito pelo legislador) proposta por um ente coletivo (Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público interessada) para proteger a coisa pública (bens de uso comum do povo – bens difusos – e bens dominicais pertencentes aos entes públicos). Logo, cuida de uma ação coletiva, assim entendida aquela que é proposta por ente coletivo para tutela de interesse ou direito igualmente coletivo.”

Ainda, não seria prudente deixar de dizer que o Superior Tribunal de Justiça⁷³ conceituou a ação de improbidade como uma *“ação com assento constitucional (art. 37, § 4º) destinada a tutelar interesses superiores da comunidade e da cidadania. Embora com elas não se confunda, assemelha-se, sob esse aspecto finalístico, à ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, e Lei nº 4.717/65), à ação civil pública destinada a tutelar o patrimônio público e social (CF, art. 129, III, e Lei nº 7.347/85, art. 1º) e, em face do seu caráter repressivo, à própria ação penal pública”* colocando a mesma, claramente, em um rol com outras ações de natureza coletiva.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (Org.). Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e atuais, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 221.

⁷³ . STJ, REsp. nº 577.804-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Repro 146/215.

Concluindo sendo certo que a ação civil de improbidade administrativa visa salvaguardar interesses de natureza difusa, (art. 129, III, da Constituição Federal), fundamento à *incidência da técnica de tutela processual concebida pela Lei nº 7.347/85* (GARCIA E ALVES, 2008), sendo certo também que a LIA não disciplinar sobre a coisa julgada, incidindo supletivamente as regras do microssistema processual coletivo, e, tendo em vista que ser conveniente a *“adoção da técnica da coisa julgada ‘secundum eventus litis e in utilibus’, única capaz de potencializar a tutela do patrimônio público, evitando que demandas intencionalmente mal propostas pelos substitutos processuais acabem por aviltar os escopos perseguidos pelo legislador constituinte e pela própria Lei nº 8.429/92”*⁷⁴consequentemente, impende a aplicação do regime jurídico do microssistema processual coletivo a coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa.

Assim sendo, seguindo este regime, sendo a ação julgada procedente, esta faz coisa julgada *erga omnes*, não segundo aplicação de algum dispositivo da LIA, mas sim consoante o microssistema processual coletivo, em seus arts. 18 da Lei da Ação Popular, 16 da Lei da Ação Civil Pública e 103, I, do CDC.⁷⁵

Neste diapasão, não obstante a LIA não ter tratado diretamente sobre a coisa julgada, tenha-se presente que o §2º do art. 17 desta lei acaba por mitigar a extensão da coisa julgada material, ao permitir *“a Fazenda Pública, quando for o caso, promova as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.”*

Destarte, havendo demonstração da necessidade de complementação ao ressarcimento do patrimônio público, em razão de ter sido insuficiente na decisão da ação de improbidade, a pessoa jurídica interessada poderá ajuizar nova ação buscando a complementação, independentemente de ter figurado como parte na ação de improbidade original.

⁷⁴ GARCIA, Emerson e ALVES Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 798.

⁷⁵ Neste sentido: SOBRANE, Sérgio Torra. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada. São Paulo: Atlas, 2010. p. 258-264; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 794; MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106-107; e ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 836.

Isso posto, quanto a sentenças de improcedência, seja no caso da sentença em sede preliminar, com o juiz rejeitando a ação de improbidade administrativa, seja após cognição exauriente, os efeitos da coisa julgada serão os mesmos.

No caso de a sentença em sede preliminar, ou a sentença proferida com cognição exauriente sejam de improcedência por insuficiência de prova, entendemos que haverá a formação somente de coisa julgada formal e os legitimados poderão intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Semelhantemente, no caso do julgador proferir uma sentença, em sede preliminar, rejeitando a ação de improbidade por falta de interesse processual, seja em decorrência da inadequação da via eleita, seja pela ausência de outros pressupostos processuais, nos parece que a decisão fará, tão somente, coisa julgada formal.

Finalmente, no caso de improcedência, seja em sede preliminar, rejeitando a ação de improbidade em razão de se convencer pela inexistência do ato de improbidade ou em razão de entender que a conduta do agente público não foi tipificada como um ato de improbidade pela LIA, seja com cognição exauriente, não sendo o caso de improcedência por insuficiência de provas, entendemos que a decisão terá efeito erga omnes.

Em remate, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe (§1º, do art. 103, do CDC) caso a ação civil de improbidade seja julgada improcedente, e, se procedente, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução (§3º, do art. 103, do CDC).

5.4. Prescrição

A Prescrição das ações civis de improbidade administrativa foram positivadas no capítulo VII da LIA, art. 23, incisos I, II e III, *in verbis*:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Em síntese, a ação de improbidade administrativa restará prescrita caso decorra o prazo de cinco anos do término do exercício funcional do agente público, ou da data da apresentação, à administração pública, da prestação de contas final pelas entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, ou pelas entidades cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Também será hipótese de prescrição na ação de improbidade o decurso do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Malgrado aos prazos prescricionais, imperioso destacar sobre a (im)prescritibilidade quanto as ações que visam o ressarcimento por dano ao erário.

Cumpré observar preliminarmente que o assunto foi positivado no art. 37, § 5º, da CF, e é objeto de grande debate na doutrina nacional.

Vejamos o que diz o dispositivo constitucional, *in verbis*:

“Art. 37.

(...)

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Para a grande parte da doutrina⁷⁶, sendo a posição majoritária na jurisprudência do STJ⁷⁷, as ações que tiverem como pretensão o ressarcimento por danos causados ao erário são imprescritíveis.

Outros vêm defendendo o ponto de vista contrário.⁷⁸

Neste mister, impende destacar que BANDEIRA DE MELLO, 2011, P.1073, disse que mudou seu entendimento, declarando expressamente que aceitou o argumento apresentado por Emerson Gabardo, em conferência proferida no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, realizado em maio de 2009, de que ocorreria a mitigação ou eliminação prática do direito de defesa daquele que fosse acusado de cometer um prejuízo ao erário caso seja adotada a teoria da imprescritibilidade, isso porque, em face deste indivíduo, poderia ser ajuizada uma ação para pretender o ressarcimento a qualquer tempo, sendo certo que ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. Alega também que, quando quis adotar a regra da imprescritibilidade, a Constituição o fez expressamente, como no artigo 5º, LII e LXIV, diferente do §5º, do art. 37. O doutrinador continua aduzindo que houve, no §5º do art. 37, da parte do legislador constituinte, uma vontade, ainda que mal expressada, de somente separar os prazos de prescrição dos ilícitos das ações penais, ou administrativas, para os prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. A seu ver, o que se tem de extrair do artigo 37, § 5º, é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de ressarcimento, que não terão porque obrigatoriamente coincidir.

Contrapondo o argumento exposto acima, DI PIETRO, 2017:

⁷⁶ Neste sentido: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 384-387; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1024; e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 673; ANDRADE, Adriano et al. *Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade*. 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 845

⁷⁷ AgRg no AREsp 33.943/RN, 2.ª Turma, rei. Min. Humberto Martins, j. 06.10.2011; e REsp 1.249.019/GO, 2.ª Turma, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.03.2012.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1073; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição*. Interesse Público, Porto Alegre, n. 33, 2005. p. 88.

“O argumento de prejuízo ao direito de defesa parece frágil, quando se pensa que a norma constitucional quis proteger o patrimônio público. A previsão da imprescritibilidade constitui um alerta aos responsáveis de que estarão sujeitos a responder a qualquer tempo pelos prejuízos causados ao erário. O mínimo de prudência recomenda a preservação de provas que auxiliem o direito de defesa. Ainda que a imprescritibilidade possa acarretar algum prejuízo ao princípio da segurança jurídica, o princípio que prevalece, no caso, é o do interesse público na proteção do erário desfalcado por ato de improbidade administrativa”

Nesta linha, DI PIETRO, 2017 ressalta :

“É importante ressaltar que a imprescritibilidade somente alcança os débitos resultantes da prática de atos de improbidade administrativa. Não afeta a prescrição quinquenal aplicável em outras hipóteses de ressarcimento ao erário. É o que decidiu o STF, com repercussão geral, no RE 852.475, conforme Informativo Jurídico da APESP, de 24-5-16. No RE-669069, julgado em 3-2-2016, o STF decidiu, também com repercussão geral, que ‘é prescritível a ação de reparação de dano à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil’. Por outras palavras, o entendimento do STF é no sentido de que, nas ações de improbidade administrativa, a reparação ao erário é imprescritível, mas não nas ações de reparação de dano decorrente de ilícito civil.”

Ainda no assunto, em última análise, quanto a jurisprudência do STF, como bem cita ANDRADE et al., 2016:s

“A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por dano ao erário foi objeto de discussão e análise no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança

26.2109 ⁷⁹. *Naquela oportunidade, a despeito de terem sido aventadas distintas teses pelos ministros, a tese da imprescritibilidade foi adotada na decisão final do Tribunal. Esse julgado tomou-se importante 'leading case', tendo influenciado posicionamentos mais uniformes tanto em órgãos do Poder Judiciário quanto no Tribunal de Contas da União, que acabaram acatando a tese da imprescritibilidade em observância à interpretação constitucional realizada pelo Supremo.*"

Malgrado a esta posição, continua ANDRADE et al., 2016:

"Ocorre que o STF, em decisão de 03.02.2016, firmou entendimento contrário, no sentido de que 'é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil'. Essa tese foi elaborada pelo Plenário da Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 669069, no qual se discutiu o prazo prescricional na ação de ressarcimento por danos causados ao erário. No caso em disputa, uma viação de ônibus de Minas Gerais foi processada por ter causado acidente em que foi danificado um carro da União. O relator do acórdão, Ministro Teori Zavascki, em seu voto vencedor, concluiu que a ressalva contida na parte final do § 5.0 do art. 37 da Constituição Federal, que remete à lei a fixação de prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, mas excetua respectivas ações de ressarcimento, deve ser entendida de forma estrita. Para Zavascki, a imprescritibilidade em exame diz respeito apenas às ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos tipificados como improbidade administrativa ou ilícito penal.

Trata-se, como se vê, de inovadora decisão da Suprema Corte, que confere uma interpretação restritiva a essa cláusula de imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da CF, a qual não se aplicará aos danos causados ao erário em decorrência de ilícitos meramente civis."

⁷⁹ MS n. 26.210/DF, Tribunal Pleno, rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04.09.2008.

Como se observa, o tema é de grande controversa, nesta senda, hei por bem concluir que, ao analisarmos a fundo a jurisprudência e opiniões doutrinárias, não obstante as mudanças radicais de posicionamento, tanto para doutrinadores expoentes do direito administrativo, como para os ministros do maior tribunal do país, nos parece que a doutrina e a jurisprudência, no atual momento, acabam pendendo para a imprescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 23. ed. rev .. atual. e ampl. - Rio de Janeiro; Forense; São Paulo; Método. 2015.

ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Adriano et al. Interesses difusos e coletivos esquematizado / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (Org.). Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e atuais, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo, vol. 4, 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2009.

GARCIA, Emerson e ALVES Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. Interesse Público, Porto Alegre, n. 33, 2005.

JÚNIOR, Américo Bedê Freire, A natureza jurídica da ação por ato de improbidade administrativa, em Estudos sobre improbidade administrativa, obra coletiva, Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Silvio Antônio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Amoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 33. ed. São Paulo: Malheiros.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, RAFAEL Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. São Paulo. Método, 2012.

SIDOU, J.M. Othon. Dicionário Jurídico : Academia Brasileira de Letras Jurídicas / Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2016.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOBRANE, Sérgio Torra. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada. São Paulo: Atlas, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico] / Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. coordenadores. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.