

## ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ernane Fidelis dos Santos\*

SUMÁRIO: 1. Atos de improbidade administrativa; 2. Sanções patrimoniais a atos de improbidade, autonomia e aplicação; 3. Sanções secundárias; 4. Legitimação de pessoa jurídica prejudicada e Fazenda Pública para ação de responsabilidade; 5. Ação popular; 6. Medidas cautelares gerais e específicas: indisponibilidade de bens, seqüestro e afastamento de agente público; 7. Ação civil pública, Ministério Público, atuação prévia; 8. Ação principal, prazo de propositura e decadência; 9. Abandono ou desistência do autor, assunção do Ministério Público; 10. Litisconsórcio ativo da entidade prejudicada: não obrigatoriedade; 11. Petição inicial, procedimento, competência da ação civil; 12. Coisa julgada.

1. Cada vez mais, até como eloqüente expressão do regime democrático, tem-se procurado a moralização dos serviços públicos, a ponto mesmo de se estabelecerem normas de conduta, cuja inobservância, há pouco tempo, era ignorada e mesmo tolerada como normalidade da própria função.

---

\* *Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.*

A Lei n. 8.429, de 2-6-92, considerou os atos de improbidade administrativa divididos em três grupos: os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII); os que causam prejuízo ao Erário (art. 10, I a XII); os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11, I a VII).

Em linha de princípio, pelo menos de forma imediata, o enriquecimento ilícito não causa dano ao patrimônio público, caracterizando-se por simples proveito próprio, em razão de desvio de função ou atividade pública, ou de intromissão indevida ou abusiva em atos da Administração Pública.

Na segunda hipótese, haja ou não proveito do agente, o ato de improbidade enseja perda patrimonial do Erário, considerado no amplo sentido do art. 1º da Lei n. 8.429/92.

Na terceira hipótese, há simples violação de dever funcional contra os princípios básicos da Administração Pública, sem qualquer proveito patrimonial efetivo, mas, esporadicamente, podendo causar danos ao Erário.

2. A Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu sistema de sanções específicas, sendo clara no sentido de que serão aplicadas, independentemente de outras de qualquer natureza, previstas na legislação nacional, bem lembrando Fernando Rodrigues Martins que, ainda que haja penas de aplicação correlata em outros setores, não configura duplicidade alguma a autônoma penalidade da referida lei, formulando interessante exemplo: “Veja-se, por exemplo, que o art. 71, § 3º, da CF outorga eficácia de título executivo às decisões do Tribunal de Contas que resultem em imputação de débito ou multa. Ocorrendo imputação de multa a determinado administrador e se o fato que levou a Corte de Contas a assim decidir configura, igualmente, ato de improbidade administrativa, a esse administrador serão justapostas as penalidades em ambas as instâncias. Assim tanto responde judicialmente pela multa, com eficácia de título executivo, emanado do Tribunal de Contas, quanto pela multa civil (e demais sanções) de que tratam os três incisos do art. 12, dependendo da modalidade” (Controle do Patrimônio Público, Ed. RT, 2000, p. 103 e 104).

Não compete ao Poder Judiciário, a não ser como efeito secundário, mesmo havendo condenação autônoma prevista em lei, aplicar sanções administrativas. Nesse caso, pelas hipóteses do art. 11, a violação de deveres funcionais fica na órbita de exclusivo julgamento da Administração, com controle jurisdicional, certamente, por meio de procedimentos adequados.

No que se refere ao enriquecimento ilícito, comprovado pela prática de qualquer dos atos do art. 9º, a lei prevê perda de bens e valores, bem como ressarcimento integral do dano, se houver (n. I).

Bem se vê que o preceito sancionatório patrimonial reclama específica ação civil para sua aplicação, a fim de que não se frustre o preceito do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, e, neste caso, o objeto mediato da sanção informará a natureza do provimento jurisdicional respectivo, ou seja, se o ilícito acréscimo estiver, concretamente, representado por bens, a sentença será constitutiva, revertendo-os para o patrimônio da entidade de que se serviu o infrator para a prática da infração; se por valores tão-somente, assim como para o ressarcimento de danos, se houver, a sentença há de ser condenatória (art. 18).

Na hipótese de danos ao Erário, considerou também a lei, além da indenização por eles, a possibilidade de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do infrator (n. II), admitindo a diversidade do provimento constitutivo e condenatório, mas, certamente, na primeira hipótese, quando sejam decorrência imediata do acréscimo patrimonial, como seria, por exemplo, a apropriação indébita de bens da entidade pública.

No caso de improbidade por violação de dever funcional, o ressarcimento do dano dar-se-á sempre por sentença condenatória.

A perda de bens e a condenação em valores estendem-se ao terceiro beneficiário (art. 6º), bem como o ressarcimento de danos (art. 5º), desde que, evidentemente, participe do processo como parte ou litisconsorte, sendo, no entanto, no caso concreto, a ele permitido livrar-se da última condenação, com prova convincente de boa-fé.

3. Para as infrações de improbidade, prevê o art. 12 sanções outras de caráter não ressarcitório ou de perda de bens e valores recebidos. Tais sanções, previstas cumulativamente, não podem ser aplicadas judicialmente, senão como efeito de sentença de procedência da penalidade por enriquecimento ilícito ou ressarcimento de dano, e não autonomamente.

4. Legitimada para a ação de reconhecimento de improbidade administrativa, e respectiva responsabilidade, é a pessoa jurídica interessada, como tal definida no art. 1º e seu parágrafo da Lei n. 8.429/92, mas também o será, concorrentemente, a Fazenda Pública interessada, seja por interesse direto, seja em razão das entidades com as quais tenham relação, nos termos do artigo acima citado (art. 17, § 2º).

5. É possível que, principalmente com relação aos efeitos, questione-se, por meio de *ação popular*, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, quando seu objeto confundir-se com as hipóteses ali previstas. “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe [...]” e a sentença que pode desconstituir atos lesivos, com a volta ao *statu quo*, e condenar ao ressarcimento de danos (art. 11 da Lei n. 4.717/65), pode, nas mesmas condições, aplicar as sanções secundárias, previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

O legitimado a qualquer ação tem também legitimidade para a propositura de medidas cautelares que, atendidos os princípios de sua própria estrutura, como o de ser sempre um *minus* ou um *aliud* com relação ao pedido principal, não tem necessariamente de ser nominadas. Nesse caso, ao autor da ação popular são perfeitamente viáveis também aquelas que estão na Lei de Improbidade Administrativa.

6. Foram previstas na Lei n. 8.429/92 duas medidas cautelares constritivas típicas: a indisponibilidade de bens (art. 7º) e o seqüestro (art. 16); e uma de preservação de eficácia da prova, afastamento do agente público do cargo, emprego ou função (art. 20, parágrafo único).

A indisponibilidade de bens não é nenhuma novidade no sistema processual brasileiro, criada pela Lei de Improbidade

Administrativa, já existindo, como forma de medida cautelar fiscal, na Lei n. 8.397/92. Ali, a indisponibilidade, que pode incidir sobre todo o patrimônio do devedor ou apenas sobre parte dele, tem, em sua estrutura, a mesma causalidade necessária para o arresto comum, ou seja, prova literal de constituição do crédito fiscal e os requisitos específicos caracterizadores do *periculum in mora* (art. 3º). A diferença, pois, da medida fiscal para o simples arresto estaria apenas na específica forma de execução: o arresto prevendo a apreensão, e a indisponibilidade, somente a proibição de disposição. Como medida típica, porém, em razão de sua executória, a *indisponibilidade* da Lei de Improbidade Administrativa não tem, como o arresto e a medida cautelar fiscal, requisitos causais específicos, ficando os pressupostos apenas nos comuns das medidas cautelares: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O art. 7º da Lei n. 8.429/92 ainda fala que a indisponibilidade deverá partir de representação da autoridade administrativa responsável pelo inquérito ao Ministério Público. No entanto, se o Ministério Público é titular da ação civil pública, não dependerá de representação para a medida cautelar. Daí, deve ser entendido tal preceito como dever funcional da autoridade, quando, no inquérito, sentir a necessidade de provocar a cautela.

Quanto ao seqüestro, manda a lei que se atendam aos arts. 822 a 825 do CPC (art. 16, § 1º), mas é de se observar, por seus próprios termos, que a referência é quanto ao *processamento*, ou seja, não há exigência, para sua concessão, dos requisitos do seqüestro comum, mas apenas que, para a efetivação da cautela, observe-se o procedimento ali previsto. Isso importa em dizer que para os efeitos da Lei de Improbidade o seqüestro é medida típica, sem qualquer relação, a não ser de mera semelhança — apreensão de bens — com outras de previsão legal.

Na Itália, o *Codice di Procedura Civile* cuida do seqüestro de maneira genérica, como medida de cautela, que consiste em apreensão de bens, para prevenção de litígios em que se controverte sobre posse ou propriedade (*sequestro giudiziario* — art. 670, 1 e 2), ou para garantia de crédito (*sequestro conservativo* — art. 671), que se aproxima de nosso arresto (art. 813 do CPC).

Quanto ao *sequestro conservativo*, há observação no final da norma de que será concedido “[...] *nei limiti in cui la legge ne*

*permette il pignoramento*”. Comentando a respeito, V. Andrioli não identifica a referência com a existência do título executivo, por se falar em penhora, para a execução, e sim com a simples habilidade do bem para a penhora, isto é, concede-se o *seqüestro conservativo* apenas sobre bens penhoráveis “[...] *perchè al creditore munito di titolo esecutivo l’art. 482 concede il rimedio di pignoramento immediato [...]*” (*Comento al Codice di Procedura Civile*, 2ª ed. Editrice, 1947, vol. III, p. 340), e Chiovenda afasta expressamente a necessidade de crédito líquido para a concessão: “Além disso, deve o credor justificar-se ao menos com sua aparência de crédito (*fumus boni iuris*) e pode tratar-se de crédito ainda ilíquido, ainda sujeito à condição ou a termo” (Instituições, Saraiva, 1965, vol. 1, p. 276).

Há certa tendência entre os doutrinadores em considerarem engano da lei ao falar em *seqüestro* e não em *arresto*, conforme se afirma no substancioso trabalho do Prof. Juarez de Freitas: “Não se trata de seqüestro senão que *arresto*, apesar do equívoco nominal da Lei” (Do Princípio da Proibidade Administrativa e de Sua Máxima Efetivação, Rev. Dir. Adm., abril/junho 1996, p. 81). No entanto, há razões de sobra para interpretações diversas.

A medida cautelar, conforme disciplinada na Lei n. 8.429/92, não tem qualquer vinculação com outras previstas na legislação brasileira. Nesse caso, assim como na Itália o termo *seqüestro* é usado, genericamente, como apreensão de bens para finalidades diversas, pode-se tipificar, com as mesmas características, medida cautelar distinta e específica, sem importarem os fins a que se destina, apenas atendendo aos princípios gerais das referidas medidas: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Como sanções patrimoniais da improbidade administrativa, a Lei n. 8.429/92 estabelece a possibilidade de sentença constitutiva, pela qual opera-se a transferência de propriedade de bens determinados para pessoa jurídica lesada, bem como a de sentença para devolução de valores provocadores de aumento de patrimônio e para ressarcimento de danos. Na primeira hipótese, por sua estrutura peculiar, a medida seria análoga ao nosso seqüestro comum, enquanto na segunda, a hipótese seria

de simples arresto, conforme se denomina a medida no Código de Processo Civil. Daí, em boa hora a generalização, cuidando a lei de criar medida de cautela, caracterizada exclusivamente por sua forma de realização, englobando as funções de asseguramento e conservação, para, respectivamente, garantir a entrega ou devolução do bem a se transferir, ou a eficácia do pagamento de dinheiro em razão do acréscimo patrimonial ou do dano causado, atendendo-se apenas, sem maiores exigências, aos requisitos comuns da cautela.

Para a garantia da eficácia probatória, tanto a autoridade judicial quanto a administrativa podem determinar o afastamento do agente público do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração (art. 20 parágrafo único da Lei n. 8.429/92). O ato da autoridade administrativa fica naturalmente sujeito, quanto à sua forma, ao controle judicial e ao procedimento jurisdicional; o juiz, de ofício ou provocado, pode usar a medida como forma de acautelar a instrução do processo.

7. A defesa do patrimônio público pelo Ministério Público é atribuição constitucional, cabendo a ele o exercício da ação civil pública (art. 129, inc. III, da CF). Em sentido amplo, as ações civis públicas podem preceder-se de inquérito civil como preparação para a ação respectiva (art. 8º da Lei n. 7.347/85).

No que se refere aos atos de improbidade administrativa, a participação do Ministério Público é efetiva, desde o início do procedimento administrativo. Qualquer pessoa poderá representar a autoridade administrativa contra atos de improbidade, e se rejeitada a representação poderá dirigir-se ao Ministério Público (art. 14 e seus parágrafos da Lei n. 8.429/92).

Tudo fica a parecer que o Ministério Público só teria atuação prévia quando informado pela Comissão Processante, que se encarrega da apuração da prática de atos de improbidade (art. 15), mas, na verdade, tal comunicação tem objetivo exclusivo de permitir que o Órgão acompanhe o procedimento administrativo, mesmo porque além de poder determinar a abertura de inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85) poderá, de ofício, a requerimento da autoridade administrativa ou por representação de qualquer pessoa, requisitar instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo (art. 22 da Lei n. 8.429/92).

É dever funcional do Ministério Público a instauração de todos os procedimentos previstos para a apuração de fatos e processamento da ação civil pública. Inclusive, se por parte do membro ministerial encarregado for determinado o arquivamento do inquérito e, *ipso facto*, de qualquer participação investigatória do Ministério Público, a extinção do procedimento só se dará sob censura do Conselho Superior respectivo (art. 9º e parágrafos da Lei n. 7.347/85).

8. Concedida qualquer medida cautelar, a ação principal, seja proposta pelo Ministério Público, seja por qualquer outro legitimado, deverá ser instaurada em trinta dias, sob pena de perda de eficácia da cautela (art. 17 da Lei n. 8.429/92), sendo vedada a transação, o acordo e a conciliação (§ 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/92).

As ações destinadas à aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa têm prazo decadencial de cinco anos após o término do exercício do mandato de cargo em comissão ou de função de confiança (art. 23, I, da Lei n. 8.429/92). Tratando-se, todavia, de faltas disciplinares, puníveis com demissão a bem do serviço público nos cargos efetivos ou emprego, o prazo decadencial será o previsto em lei específica, desde que, evidentemente, não sejam efeitos secundários de condenação judicial.

9. Se houver abandono ou desistência da ação por parte de outro legitimado, o Ministério Público, no caso, atua como fiscal da lei, obrigatoriamente (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92) assumirá a titularidade ativa (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85).

10. Não há obrigar, no sistema processual brasileiro, a formação de litisconsórcio ativo. Daí, quando o § 3º do art. 17 afirmar que a pessoa jurídica interessada deve integrar o pólo ativo da ação, na qualidade de litisconsorte, está dizendo que poderá assim fazê-lo, oportunidade da qual se deduz, aqui sim, a obrigatoriedade de sua intimação para o respectivo exercício do direito, se quiser.

11. Particularidade específica da ação referente à improbidade administrativa quanto a seu procedimento, no momento, que sujeita o autor, inclusive, às sanções da litigância de

má-fé, previstas no CPC (§ 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/92 com redação da MP n. 2.225-45/01), é a de que a inicial só será recebida após a notificação do requerido no prazo de quinze dias, podendo o juiz rejeitar de plano a ação, o que importa, em princípio, em efetivo julgamento de mérito (§§ do referido art. 17, com redação da mesma MP).

Recebida a inicial, o processo segue o procedimento ordinário (art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/92), com citação para defesa, cabendo contra o recebimento agravo de instrumento (§§ 9º e 10 do art. 17, com redação da mesma MP).

Dá-se a prevenção de competência para outras ações propostas posteriormente com a mesma causa de pedir e o mesmo objeto (§ 5º do art. 17, com redação da mesma MP), dentro dos princípios próprios da conexão, certamente, o que não importa em prevenir feito quando o primeiro já estiver sentenciado.

De forma inócua a MP n. 2.225-45/01 determinou a aplicação do CPP nos depoimentos e inquirições, pois a colheita de provas e os princípios que informam a busca da verdade real não se discrepam em razão da matéria.

12. Na ação popular e na ação civil pública, em princípio, a coisa julgada é *erga omnes*, havendo, nesse particular, aproximação muito íntima entre ambos os institutos, em razão de suas próprias finalidades, a ponto de se considerar, em doutrina, a última apenas espécie da primeira, em sentido geral. O autor, no caso, atua como substituto processual, mas todos, indistintamente, mantêm-se como partes no sentido material, sujeita a coletividade, portanto, à coisa julgada.

Tanto o dispositivo referente à ação popular quanto às ações civis públicas falam que haverá coisa julgada contra todos, a não ser que o fundamento de improcedência seja *por insuficiência de prova*. Se a coisa julgada, porém, é a definitividade da disciplina da relação jurídica, esta, com prova ou sem prova, é realidade jurídica, alcançando, portanto, a todos aqueles que normalmente são alcançados. Nesses termos, portanto, a *insuficiência de prova* jamais poderá justificar a reabertura da causa para indagar-se se houve prova boa ou não, mas, sim, para certificar que, formal-

mente, deixou de ser apresentado elemento concreto e essencial, geralmente documento, sem o qual não se poderia dar solução sobre o mérito. A essencialidade da peça que faltou, na verdade, seria causa de julgamento por falta de pressuposto processual (art. 284 do CPC) e não de improcedência.