

LUCIANA ALMEIDA NOBRE PEREIRA

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

Fazenda Pública e competência jurisdicional

Monografia apresentada como requisito para
conclusão de curso de bacharelado em direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Vetuval Martins Vasconcelos

BRASÍLIA
2010

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, por suas bênçãos; aos meus pais, por todo o amor e paciência dedicados e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram com meus estudos e sempre me apoiaram.

Agradeço ao meu Orientador, Professor Vetuval Martins Vasconcelos, que me conduziu com dedicação e profissionalismo na produção desse trabalho, bem como aos Promotores de Justiça, Eduardo Gazzinelli Veloso, Ivaldo Lemos Júnior e Albertino Pereira Neto, das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pela contribuição no processo de pesquisa do tema.

“Do ponto de vista objetivista, não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei”.

Karl Engisch,

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo definir o melhor entendimento quanto à natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na relação processual da ação de improbidade administrativa. A regra a ser aplicada é trazida por um artigo contido na lei de ação popular. Desse modo, o estudo abrange a análise da interpretação de diversos doutrinadores, bem como de alguns tribunais e Superior Tribunal de Justiça, nos quais verificou-se a existência de divergências nos dois campos. Dirimir essa divergência encontrada hoje sobre o tema é imprescindível para a solução de problemas de ordem processual encontrados atualmente na tramitação da ação de improbidade administrativa, tais como a imprescindibilidade de citação da Administração Pública, assim como na declinação de competência para julgamento da ação de improbidade. Assim, torna-se necessária a inclusão das normas contidas na lei de ação de improbidade e ação popular no contexto do microsistema de tutela coletiva, para que se processe uma interpretação adequada e compatível com a própria natureza desses tipos de demanda, o que por vezes não condiz com as regras tradicionais encontradas no Código de Processo Civil, este que foi direcionado as relações individuais.

Direito Processual Civil – Direito Administrativo – Ação de improbidade administrativa – relação processual – parte – interesse público – citação – competência – tutela coletiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	9
1.1 Conceito de improbidade administrativa	9
1.2 Os princípios da Administração Pública	12
<i>1.2.1 Princípio da legalidade</i>	12
<i>1.2.2 Princípio da moralidade</i>	13
<i>1.2.3 Princípio da impessoalidade</i>	13
<i>1.2.4 Princípio da Publicidade Administrativa</i>	14
<i>1.2.5 Princípio da eficiência</i>	14
1.3 Esboço histórico de improbidade administrativa	15
1.4 A tutela da probidade na Lei n.º 8.429/92	17
1.5 A ação judicial de improbidade administrativa: ação civil pública	18
1.6 Tipos de improbidade puníveis na lei de improbidade	20
2 SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.	23
2.1 Sujeitos materiais	23
<i>2.1.1 Sujeito ativo</i>	23
<i>2.1.2 Sujeito passivo</i>	24
<i>2.1.3 Sujeitos equiparados</i>	25
2.2 Sujeitos processuais	26
<i>2.2.1 Legitimidade ativa</i>	27
<i>2.1.2 Legitimidade passiva</i>	28
2.3 A Administração Pública como parte	29
2.4 Regra da lei de ação popular	33
2.5 O interesse público como requisito do interesse processual da Administração Pública	36
3 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, FAZENDA PÚBLICA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL	41
3.1 A lei de organização judiciária do Distrito Federal	42

3.2 O entendimento dos tribunais	45
3.3 O atual posicionamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios	53
3.4 Os provimentos judiciais nas ações populares	55
3.5 Microssistema da tutela coletiva	57
3.6 A mudança de polo no curso do processo: retratabilidade	58
3.7 Efeitos	59
3.7.1 <i>Imprescindibilidade da citação da pessoa jurídica interessada</i>	60
3.7.2 <i>Declinação de competência</i>	61
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68
ANEXO I	71

INTRODUÇÃO

Frente ao desenvolvimento da sociedade, com o devido progresso da ciência jurídica, há cada vez mais a preocupação com a tutela dos chamados interesses difusos e coletivos. No cenário político que atualmente se apresenta na Administração Pública, principalmente no âmbito do Distrito Federal, a ação de improbidade administrativa tem se tornado um instrumento importantíssimo na luta contra os atos de improbidade administrativa.

A Lei n.º 8.429/92, que regula a matéria, apesar de não ser uma norma recentemente editada, verifica-se a existência de alguns obstáculos e impropriedades que dificultam a sua plena eficácia. Como exemplo disso, apesar do seu artigo 17 prever a legitimidade ativa do Ministério Público e pessoa jurídica interessada, a ação de improbidade é ajuizada substancialmente apenas pelo *Parquet*. Ou seja, os próprios órgãos prejudicados com o ato de improbidade não se interessam em propor a referida demanda.

Nesse sentido, o presente trabalho teve como escopo estudar a participação da Administração Pública na ação de improbidade à luz do artigo 17, parágrafo 3º de Lei n.º 8.429/92 que remete a aplicação da regra contida no artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65, que regulamenta a ação popular. Este dispositivo deve ser aplicado nos casos em que o Ministério Público for autor da ação (o que é mais frequente), no qual a pessoa jurídica interessada pode optar por se abster de contestar o pedido, atuar ao lado do autor ou defender o ato impugnado, conforme o interesse público na causa.

Portanto, com o intuito de sistematizar a análise do tema, esta monografia foi dividida em três capítulos, sendo que o primeiro apresenta, em breves linhas, os principais conceitos que envolvem o tema, tais como o próprio significado de improbidade administrativa, os seus tipos previstos, os princípios constitucionais da Administração Pública, a evolução da Lei n.º 8.429/92 no ordenamento jurídico, dentre outros temas que serviram para construir uma pequena base teórica para possibilitar o entendimento da matéria discutida.

O segundo capítulo, por sua vez, apresenta os sujeitos materiais do ato de improbidade administrativa, os sujeitos processuais da ação e enfrenta a discussão da Administração Pública como parte no processo. Desse modo, são apresentados os diversos

entendimentos doutrinários referentes à natureza jurídica da posição ocupada pela pessoa jurídica interessada de direito público na relação processual da demanda. Nesse momento, também é realizado um breve discurso sobre o interesse público como requisito do interesse processual na intervenção da Administração da ação.

Por fim, o terceiro capítulo tenta realizar uma comparação entre os provimentos judiciais sobre a aplicação do artigo 17 parágrafo 3º da lei de ação popular na ação de improbidade, em que foram retirados julgados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Rio Grande do Sul, de São Paulo e do Rio de Janeiro. Buscou-se realizar também uma pesquisa de julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do mesmo dispositivo, mas no contexto da própria ação popular.

No último capítulo, também houve o interesse de trazer a esse trabalho um pouco da realidade no âmbito do Distrito Federal, no qual realizou-se uma pesquisa, por meio de um questionário direcionado aos Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social sobre o entendimento do Ministério Público do Distrito Federal sobre a questão.

O estudo do problema resultou na busca por uma solução, mediante uma interpretação do dispositivo estudado dentro de um contexto do microssistema de tutela coletiva. Desse modo, o trabalho delimitou duas principais consequências da divergência no entendimento da natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na ação de improbidade: o problema da obrigatoriedade de sua citação para realizar sua opção de polo e a declinação de competência para julgamento da ação, essa última, estudada no campo do Distrito Federal, por meio na análise da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal.

1 O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Conceito de improbidade administrativa

Quando se busca o conceito de improbidade de acordo com o senso comum, pode-se dizer que é uma espécie de imoralidade administrativa qualificada, considerada sinônimo de desonra.¹ Alguns autores defendem essa definição no sentido de que a improbidade é uma espécie do princípio da moralidade constante no artigo 37, inciso IV da Constituição Federal.²

No entanto, Di Pietro defende que ambas as expressões, a rigor, possuem o mesmo significado, eis que estão relacionadas com a honestidade na Administração Pública.³ Quando se fala em probidade, há um dever maior que a própria legalidade dos atos administrativos, pois é necessário também o respeito aos princípios norteadores do direito administrativo, inserindo-a no contexto jurídico desse ramo.

O princípio da moralidade administrativa inserido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, foi reflexo da preocupação com a ética no serviço público. Antes disso, a improbidade administrativa somente era prevista aos agentes políticos, sendo que os demais agentes públicos eram punidos apenas em casos de enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a previsão expressa na Carta Magna, o termo passou a ter maior abrangência, estendendo-se a todas as categorias de serviço público e a infrações diversas além do enriquecimento ilícito.⁴

Convém destacar que a improbidade não se confunde com a imoralidade privada. Esta se refere à vida particular do agente público. No entanto, há nos julgamentos normalmente a referência a este último somente. O conceito de improbidade é de direito

¹OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 85.

²FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41.

³DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 743.

⁴DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 744.

público, principalmente de direito administrativo. Há, nas palavras de Fábio Medina Osório⁵, um julgamento de censura ético-normativa, dentro dos pilares democráticos, e não um juízo moral.

Por sua vez, Fazzio Júnior coloca a questão da probidade administrativa não só como problema da Administração Pública, mas de toda a sociedade, eis que as condutas ímprobas estão inseridas num contexto social, atingindo a todos. Para o autor, deve-se fazer uma leitura do ato ímprobo como um obstáculo à eficácia constitucional dos serviços públicos, estendendo suas consequências para além do âmbito administrativo. Desse modo, conceber essa conduta apenas como um ilícito civil-administrativo torna-se uma conceituação incompleta, pois ela está inserida nos interesses transindividuais (direitos difusos e coletivos), que causa prejuízo a indeterminado número de pessoas – a coletividade.⁶ Assim, não se pode perder de vista o elemento social na interpretação do ato de improbidade administrativa, conflitando os princípios constitucionais da Administração Pública com elementos concretos da própria conduta humana.

Conforme a sua derivação latina *improbitate*, a improbidade significa desonestidade, imoralidade, má qualidade, malícia. Indica a inobservância do dever incumbido ao agente público, em exercer sua função com o fim público. A partir do momento em que tal agente desvia o objetivo público para os interesses privados passa a integrar a forma mais comum do ato de improbidade.⁷

A lei que regulamenta a ação de improbidade – Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 - LIA, determina aos agentes públicos a observância dos princípios insculpidos na Constituição Federal, assim como declara que a violação dos deveres funcionais implica no desrespeito a esses princípios. Nesse ponto, importante colacionar os ensinamentos de Fazzio Júnior em mesma obra antes mencionada, conectando a ideia de improbidade administrativa como questão axiológica, em que denota inobservância aos valores morais.⁸

⁵OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 86.

⁶FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 71.

⁷FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41.

⁸FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75.

De fato, pensar a improbidade como imoralidade administrativa qualificada não permite conceber o entendimento integral de seu significado. Como será exposto adiante, a improbidade administrativa possui três espécies, sendo que tal conceito restringiria a somente um tipo.

Ainda sobre a definição de improbidade administrativa, Gomes de Mattos esclarece que a LIA possui comandos muito abertos, e que não apresenta o conceito de improbidade, mas apenas enumera os seus tipos, permitindo que se utilize interpretação extensiva e gerando, por sua vez, a utilização da ação de improbidade de forma indevida. Destaca, desse modo, que não se deve confundir os atos administrativos ilegais praticados sem má-fé e que não causam prejuízo ao patrimônio público com o ato de improbidade em si, objeto desse estudo.⁹

O autor o define então o ato de improbidade como “aquele em que o agente pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), através de uma conduta consciente e dolosa”. Verifica-se, portanto, que se torna necessária a presença do elemento subjetivo do tipo - o dolo ou culpa - para a configuração do ato de improbidade, sob pena de confundir-se com a simples inabilidade do agente público.¹⁰

Convém mencionar que o ato de improbidade administrativa permite a conduta culposa, nos casos previstos no artigo 10 da Lei n.º 8.429/92. Tal assunto será melhor explanado em momento oportuno. Desse modo, importa apenas demonstrar que a norma separa os atos de conduta dolosa, em seus artigos 9º e 11 e culposa, no artigo 10.

Assim, é imprescindível a realização de uma interpretação baseada nos princípios norteadores do direito administrativo, a fim de evitar qualquer injustiça na aplicação da Lei n.º 8.429/92. Exige-se para isso, o conhecimento dos mais importantes princípios mencionados pela Constituição Federal assim como na doutrina.

⁹MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 2.

¹⁰MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 8.

1.2 Os princípios da Administração Pública

A Constituição Federal, em seu artigo 37, estabelece os princípios da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência. Ademais, existem outros princípios estabelecidos em leis infraconstitucionais e em doutrina específica no estudo da probidade administrativa. Nesse sentido, seguirá adiante uma rápida explanação dos princípios trazidos pela maioria dos autores pesquisados a fim de possibilitar o melhor entendimento do tema.

O artigo 4º da própria LIA remete o respeito aos princípios constitucionais acima citados: “Art. 4º. Os agentes públicos de qualquer nível e hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos”.

Note-se que apesar da eficiência não estar disposta neste artigo, ele é inserido por força do artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional n.º 19/98. Tal artigo reforça a observância dos princípios constitucionais, em que os agentes públicos devem velar para que sejam cumpridos nas atividades de serviço público. Mais do que cumpra-los, sua função é fazer cumpra-los, sob pena de configurar prática de ato de improbidade.¹¹

1.2.1 Princípio da legalidade

Não se pode iniciar o estudo dos princípios da Administração Pública sem mencionar de início o da legalidade, constituindo, ao lado da supremacia do interesse público, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, de onde se derivam os demais.

Do princípio da legalidade deflui o entendimento de que a ordem jurídica submete todo o Estado. É, portanto, o fundamento de todas as condutas administrativas, estabelecendo seus limites, até quando se referem aqueles atos praticados mediante o exercício da discricionariedade, eis que os atos administrativos só podem ser praticados com

¹¹MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.p. 95.

autorização de lei. São, portanto, vinculados. Nesse aspecto, apesar de existirem no direito administrativo brasileiro a abertura para os atos discricionários, o princípio da legalidade possui a função de trazer segurança jurídica no sentido de impedir o desvio das funções públicas e a prática de atos atentatórios aos interesses da Administração Pública.¹²

1.2.2 Princípio da moralidade

Por esse princípio, o agente público deve pautar seus atos com honestidade, probidade, ética, retidão. Segundo os ensinamentos de Fazzio Júnior, a moralidade administrativa “pode ser entendida como a necessária correspondência entre os motivos determinantes da conduta administrativa e suas finalidades concretas”.¹³ Constitui-se, então, do conteúdo ético da atividade administrativa, baseada pelo interesse público primário.

Cumprido consignar que não basta apenas a simples legalidade dos atos administrativos, mas a legalidade moral, eis que as condutas do agente público não podem se afastar dos princípios da Administração Pública, mesmo nas situações nas quais a lei lhe confere decidir com discricionariedade. Desse modo, a moralidade consubstancia-se na melhor escolha conforme os padrões morais.

1.2.3 Princípio da impessoalidade

Por esse princípio, o agente público deve praticar seus atos sem qualquer tratamento diferenciado quanto aos administrados. Ele está intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade e ao da isonomia nas relações da Administração Pública com a população. Desse modo, a sua atuação deve ser destinada a todos, sem discriminação ou privilégios de alguns, respeitados os limites do tratamento desigual destinados aos desiguais.

Di Pietro revela a confusão ocorrida na doutrina quanto à interpretação desse princípio. Alguns autores o definem como impessoalidade da Administração tanto em relação aos administrados, indicado como a própria finalidade pública, como exposto acima, assim como em relação à própria Administração Pública, significando nesse caso que os atos

¹²MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.p. 100.

¹³FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 14.

praticados não são atribuídos ao agente público, mas ao órgão ou entidade a ele vinculado. Em outras palavras, suas funções não podem realizar promoção pessoal.¹⁴

1.2.4 Princípio da publicidade administrativa

Os atos praticados pelo agente público no exercício de sua função devem ser públicos, a fim de que tenham eficácia jurídica. Significa que a transparência deve nortear o serviço público, de modo que os administrados tomem ciência da atuação da Administração Pública. A exigência da publicidade revela ainda a função primordial na fiscalização dos agentes.¹⁵

No entanto, esse princípio pode ser flexibilizado em determinados casos, em confrontação com outros princípios, como a intimidade, por exemplo, e nas hipóteses de sigilo.

1.2.5 Princípio da eficiência

Esse princípio é o mais novo incluído no rol do artigo 37 da Constituição Federal, após a Emenda Constitucional n.º 19/98. Por ele, exige-se a boa administração do agente, no sentido de atingir com excelência sua finalidade. É a obrigação que agora passa a ser expressa para que o administrador exerça suas atividades com qualidade. Consiste em realizar as atribuições da melhor maneira possível. A eficiência se preocupa com a busca do resultado utilizando o melhor meio para alcançá-lo, ao passo que a eficácia focaliza mormente o resultado desejado.¹⁶

Além desses princípios constantes na Constituição Federal, existem outros imprescindíveis à Administração Pública, necessários ao entendimento do tema, tais como:

¹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

¹⁵MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.p. 102.

¹⁶FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 21.

interesse público, motivação, legitimidade, razoabilidade/proporcionalidade, dentre outros chamados pela doutrina como subprincípios.¹⁷

1.3 Esboço histórico de improbidade administrativa

A preocupação com o combate à corrupção e aos atos de improbidade já vem de longa data, iniciando sua regulamentação com o Decreto Lei n.º 3.240, de 08 de maio de 1941, o qual previa o sequestro de bens de pessoas acusadas de crimes que causassem prejuízo à Fazenda Pública. Por essa lei, a condenação possuía natureza criminal, em que não se mantém em caso de extinção da ação ou mesmo de absolvição do acusado.¹⁸

Para regulamentar o artigo 141, parágrafo 31 da Constituição Federal de 1946, foi promulgada a Lei n.º 3.164, de 1º de junho de 1957, também chamada de Lei Pitombo Godói Ilha, que já possuía sanção de natureza civil, previa o sequestro de bens adquiridos por abuso ou influência de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilização criminal.¹⁹

Posteriormente, em 21 de dezembro de 1958, sem revogar a anterior, foi promulgada a Lei n.º 3.502, conhecida como Lei Bilac Pinto, em homenagem à autoria do projeto, que regulamentou o sequestro e a perda de bens nos casos de enriquecimento ilícito relativo a abuso de cargo ou função pública. A presente lei inovou algumas questões, tais como: expandiu o conceito de servidor público, incluindo todas as pessoas que ocupassem qualquer cargo, função, emprego, civis ou militares, no âmbito dos órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal; estabeleceu que o sequestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao empregado ou dirigente de autarquia, que também passou a ser equiparado ao empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo poder Público ou entidade que receba contribuições parafiscais; previu que qualquer cidadão poderia promover a ação, situação em que a pessoa jurídica interessada deveria ser citada na qualidade

¹⁷FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 29.

¹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 746.

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 746.

de litisconsorte do autor. Além dessas principais inovações, a Lei Bilac Pinto trouxe outras regras com o intuito de dar mais eficácia ao combate aos atos de improbidade.²⁰

No entanto, a Lei n.º 3.502 não estabeleceu a demissão do servidor público como punição pela prática de atos de improbidade, configurando essa sanção somente no âmbito penal, após ser julgado e condenado com sentença transitada em julgado, nos termos da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, em seu artigo 207, inciso I (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).²¹

Convém ainda, nesse contexto, esboçar algumas considerações sobre a evolução da ação popular ao longo das Constituições Federais, vez que essa, ao lado da ação de improbidade administrativa, também objetiva combater os atos atentatórios ao patrimônio público e à moralidade.

Em sede doutrinária, admite-se a sobrevivência da ação popular no período imperial e início da República, em que vigoravam as Ordenações do Reino. Nesse período, algumas legislações se referiam à existência de uma ação popular, tais como o Decreto n.º 2.691/1860, que previa a apreensão judicial, por qualquer pessoa do povo, de títulos ilegais emitidos por bancos e outras companhias e a Lei n.º 173/1893, que permitia a dissolução de associações que promovessem fins ilícitos ou imorais. No entanto, tais normas não continham o elemento capaz de instigar o povo a intervir.²²

Na Constituição do Império, tal ação tinha a finalidade de prevenir abusos de poder e prevaricação de juízes e oficiais da justiça, praticados no exercício do cargo.²³ A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a prever esse tipo de demanda, mas que continha diferenciações em relação a atualmente existente.²⁴

Na Constituição de 1937 não houve previsão da ação popular, tendo em vista o regime totalitário instalado à época no país. Por sua vez, a Carta de 1946 previa em seu

²⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 747.

²¹COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2. ed. rev. e amp. Brasília: Jurídica, 2002. p. 57.

²²MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

²³GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.5.

²⁴MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 58.

artigo 141, parágrafo 38, tendo sido incluídos os atos lesivos ao patrimônio das autarquias e das sociedades de economia mista. A Constituição de 1967 manteve o instituto da ação popular, mas a redação passou a generalizar o rol das entidades, utilizando a expressão “patrimônio das entidades públicas”, ocasionando a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista, por possuírem natureza de empresa privada. Na Emenda Constitucional de 1969, foi mantida a mesma redação de 1967.²⁵

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso, LXXIII, não só houve a manutenção do instituto, como foi estendida sua aplicação, com previsão de ajuizamento da ação popular contra atos atentatórios à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio histórico e cultural.²⁶ O procedimento a ser aplicado na ação popular é determinado pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, com alterações trazidas pela Lei n.º 6.014 de 27 de dezembro de 1973 e Lei n.º 6.513, de 20 de dezembro de 1977.

1.4 A tutela da probidade na Lei n.º 8.429/92

Atualmente, a improbidade administrativa é tratada na Lei n.º 8.429 de 02 de junho de 1992, chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA - que veio regulamentar o artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, estabelecendo os tipos de atos puníveis civilmente, as suas penas, o procedimento a ser seguido no curso do processo, dentre outras disposições. O presente diploma foi proposto durante o mandato do Presidente Fernando Collor de Mello, como forma de tentar coibir a frequente prática de atos que lesionavam o patrimônio e a moralidade pública.²⁷

A LIA, que revogou expressamente as Leis n.º 3.164/57 e 3.502/68, em seu artigo 25, possui amplitudes bem maiores do que as normas que a precederam. Apesar de seu preâmbulo mencionar somente o enriquecimento ilícito como causa de sanção, esta constitui

²⁵JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos Polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.6.

²⁶JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos Polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.7.

²⁷MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 01.

apenas uma das três hipóteses de ato de improbidade, ao lado das condutas que causam prejuízo ao erário e dos atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.²⁸

É importante salientar que apesar de as punições pela prática de ato de improbidade administrativa estarem expressamente previstas no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, tal regra não podia ser auto-aplicável até a promulgação da LIA. Por isso, antes de sua entrada em vigor, somente os casos de atos que ensejavam enriquecimento ilícito poderiam ser sancionados judicialmente com o sequestro e a perda de bens, sem prejuízo das penas criminais cabíveis. Ademais, na esfera administrativa, os servidores eram submetidos às sanções previstas em seus estatutos, conforme cada nível de governo.²⁹

1.5 A ação judicial de improbidade administrativa: ação civil pública

O combate aos atos de improbidade administrativa está expressamente delineado na Carta Constitucional (artigo 37, parágrafo 4º), podendo as sanções serem aplicadas nas esferas administrativa, civil e penal. No que se refere àquelas previstas na Lei n.º 8.429/92, que são de natureza civil, será proposta uma ação civil pelo rito ordinário. Martins Júnior, ao lado da doutrina majoritária, defende a natureza pública da ação civil, em razão do teor do artigo 17 da LIA, eis que a defesa da probidade administrativa é considerada interesse transindividual, englobada no conceito de interesse difuso. Desse modo, a ação a ser proposta é a pública, regulamentada pela Lei n.º 7.347/85.³⁰

Seguindo o entendimento contrário está Marcelo Figueiredo, no sentido de que a LIA possui abrangência bem mais ampla que a lei de ação civil pública e até mesmo de ação popular (Lei n.º 4.717/65), que prevê a invalidade de ato, com condenação de perdas e danos aos responsáveis e beneficiários. No entanto, nada impede a utilização dessas duas ações para propositura da ação de improbidade.³¹

²⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 748.

²⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 749.

³⁰JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 399.

³¹FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 216.

O autor defende que nessas duas últimas ações, não se pode propor pedido de ressarcimento por ato de improbidade administrativa que cause dano ao erário pela própria previsão da LIA, que origina uma nova modalidade de ação civil, “ação civil de reparação de danos”.³²

No entanto, conforme dito alhures, a doutrina majoritária adota o entendimento de que a ação civil pública é plenamente aplicável à tutela da probidade administrativa. Celso Spitzcovsky também defende a aplicação da ação popular para o mesmo fim, eis que esta se destina à invalidação de atos atentatórios ao interesse público, à moralidade administrativa, dentre outros, conforme sua previsão no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.³³

Alexandre de Moraes destaca que a lei de ação civil pública possui natureza processual, eis que disciplina os aspectos processuais da defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Desse modo, acolhe a lei material (Lei n.º 8.429/92), que contém a motivação da ação e a hipótese que possibilita a condenação por ato de improbidade administrativa, com a previsão das sanções cabíveis.³⁴

Em análise sobre o tema, já pacificou o Superior tribunal de Justiça em:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA ATO DE IMPROBIDADE. CABIMENTO.³⁵

³²FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 216.

³³SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2009

³⁴MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2779.

³⁵1 A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a *fortiori*, difuso. 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra *legem*, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novos demandas. 5. As conseqüências da ação civil pública quanto aos provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças 6. A *fortiori*,

Tal entendimento foi inclusive sumulado pela Colenda Corte: Súmula 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

1.6 Tipos de improbidade puníveis na lei de improbidade

Para a constituição do ato de improbidade administrativa, são necessários quatro elementos: o sujeito ativo, o sujeito passivo, a ocorrência de um ato danoso previsto na LIA e, por fim, o elemento subjetivo, consubstanciado na culpa ou dolo. Os dois primeiros elementos serão oportunamente analisados adiante, concentrando-se para esse momento o estudo das hipóteses de ato de improbidade existentes.

A Lei n.º 8.429/92 prevê três modalidades de atos: os que geram enriquecimento ilícito (artigo 9º), que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11). O presente rol é meramente exemplificativo, podendo abranger outros atos constitutivos de improbidade administrativa.³⁶

a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.7. Axiologicamente, é a causa petendi que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. 9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que "A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.(...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art.12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)" (Alexandre de Moraes in "Direito Constitucional", 9ª ed. , p. 333-334) 10. Precedentes:REsp 805.080/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009; REsp 820.162/MT, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 249; REsp 516.190/MA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 26/03/2007 p. 219; REsp 10150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004 p. 173. 11. [omissis]; 12. [omissis]; 13. [omissis];14. [omissis].15. [omissis];16. [omissis];17. [omissis]18. Recurso especial parcialmente conhecido, porém, desprovido.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp n.º 1085218/RS. , Relator: Luiz Fux. Brasília, 15 out. 2009, DJe de 06.11.2009.)

³⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 753.

Cabe mencionar que há outras “espécies” de atos de improbidade administrativa constantes em outras leis ou mesmo algumas que submetem sua violação à LIA. A lei eleitoral (Lei n.º 9.504/97) determina uma gama de proibições a fim de evitar o abuso do poder político, que afete a igualdade de oportunidade entre os candidatos, determinando sanções tais como a cassação do registro ou do diploma do candidato beneficiado, bem como outras previstas na lei. Há também as leis das agências reguladoras, a legislação referente a novas técnicas formais de fomento de atividades privadas de interesse público, a nova legislação urbanística (Lei n.º 10.2570/2010), dentre outras normas que objetivam resguardar a moralidade pública no âmbito de suas destinações.³⁷

Preliminarmente, é importante destacar que o ato aqui previsto pode ser um ato administrativo propriamente dito, uma conduta ou uma omissão. Exige-se que ele seja praticado no exercício de uma função, cargo, emprego ou mandato, abrangendo até mesmo terceiros que não ocupam cargos públicos.³⁸

O primeiro tipo de ato consiste na conduta desonrosa do agente de modo à obtenção de vantagem patrimonial indevida. Tal conduta deve ser dolosa, consubstanciada na vontade de tirar proveito de função pública ou mandato. Esse tipo de ato pode ser perpetrado contra qualquer entidade de natureza pública, de empresa integrada ao patrimônio público ou entidades criadas ou mantidas com mais de cinquenta por cento de recursos públicos.³⁹ O ato gerador de enriquecimento ilícito possui tipos específicos estabelecidos nos incisos I a XII do artigo 9º da LIA.

Para a subsunção desse ato são exigidos alguns requisitos: o dolo do agente público ou de terceiro que o praticou ou se beneficiou da conduta; a vantagem patrimonial originada da ilegalidade do comportamento e o nexo de causalidade entre a vantagem obtida ilicitamente e o exercício funcional do agente ou terceiro. Desse modo, não há previsão do ato causador de enriquecimento ilícito na modalidade culposa.⁴⁰

³⁷JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade Administrativa*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 208.

³⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 759.

³⁹COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2. ed. rev. e amp. Brasília: Jurídica, 2002. p. 41.

⁴⁰MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 174.

A segunda hipótese refere-se aos atos que causam lesão ao erário, sejam por conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, que enseje diminuição do patrimônio público. O caput do artigo 10 exemplifica as formas dessa perda, tais como desapropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens das entidades e apresenta outras espécies desses atos nos incisos de I a XV.

O terceiro ato de improbidade disposto no artigo 11 da LIA constitui aquela conduta dolosa que atenta contra os princípios da administração pública, podendo ser omissiva ou comissiva, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às entidades, que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público. Nesse tipo de ato estão previstos sete subtipos em seus incisos de I a VII.⁴¹

⁴¹BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa*. 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 151.

2 SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

2.1 Sujeitos materiais

Para ser sujeito de direito, é necessária a existência de personalidade jurídica, ou seja, a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações. Em outras palavras, adquirida a personalidade, a pessoa (natural ou jurídica), passa a ter a qualidade de sujeito de direito, podendo praticar atos e negócios jurídicos. O Código Civil, em seu primeiro artigo já declara que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, seja natural ou jurídica.⁴²

2.1.1 Sujeito ativo

O principal sujeito ativo do ato de improbidade administrativa é o agente público. A lei de improbidade o conceituou já em seu artigo 2º, como sendo “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”.

Verifica-se que todos os tipos de agentes públicos foram incluídos nessa definição, qualquer que seja a forma de provimento, sejam aqueles que ocupem cargos permanentes, eletivos ou temporários, efetivos, em comissão, vitalícios, ou que exerçam função ou empregos públicos, não importando o regime, se contratual ou estatutário.⁴³

Portanto, o conceito de agente público para fins de sanção pela prática de atos de improbidade administrativa teve considerável ampliação em razão da própria finalidade da LIA, no combate aos atos de corrupção. Desse modo, buscou-se alargar a sua

⁴²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 89.

⁴³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 755.

definição de forma a abarcar todos aqueles que atuam em busca do interesse público e que têm acesso ao patrimônio público. Ademais, para garantir efetivamente a proteção contra os atos de improbidade, a lei apresentou equiparações do agente público a outras pessoas privadas, que de algum modo realizam atividades de interesse público, conforme será explicado adiante.

2.1.2 Sujeito passivo

A lei de improbidade estabelece em seu artigo 1º e parágrafo 1º, quem são os sujeitos passivos, aqueles que são titulares do bem jurídico ameaçado pelo ato de improbidade. Conforme estabelece Emerson Garcia, existem os sujeitos passivos materiais, constituídos pelas entidades elencadas na norma e o sujeito passivo formal, que sempre será o Estado, este considerado enquanto coletividade, tendo em vista que se trata de lei de natureza cogente, em que a sua aplicação não pode ser afastada pela vontade das partes.⁴⁴

Desse modo, os danos causados pelo ato de improbidade ocorrem em detrimento da administração direta, indireta de qualquer um dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade na qual haja mais de cinquenta por cento do patrimônio público em sua criação ou custeio.

O parágrafo 1º do mesmo artigo ainda abre a possibilidade da ocorrência de ato danoso em face de entidade cujo patrimônio o Estado tenha concorrido para a sua criação ou custeio com menos de cinquenta por cento, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício do poder público. Nessa hipótese, exige-se a ocorrência do dano ao patrimônio dessas entidades, limitando-se a repercussão do ilícito ao valor da contribuição do erário.

Nesse sentido, mesmo ocorrendo a prática dos atos previstos nos artigos 9º e 11 da LIA, quais sejam, enriquecimento ilícito ou violação aos princípios da administração pública, tais condutas devem ser direcionadas contra tais entidades, o que não há necessidade no que se refere às entidades elencadas anteriormente no caput do artigo 1º, em que basta o

⁴⁴GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 183.

ato gerador de enriquecimento ilícito ou atentatório aos princípios administrativos para a devida aplicação das sanções da lei.⁴⁵

Ressalte-se que o texto do artigo em comento possui referência expressa quanto às fundações como sujeito passivo, decorrente do mesmo modo ao elencado no artigo 37 da Constituição Federal anterior à Emenda Constitucional n.º 19/98. Desse modo, estão abrangidas não só as fundações públicas, mas todas aquelas que com esta constituem a administração indireta: as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, além das entidades paraestatais, podendo citar como exemplos aquelas que realizam serviços sociais, tais como o SESC, SENAI entre outros. Cumpre consignar que a lei de improbidade acolheu as empresas de natureza privada, incorporadas integralmente ao patrimônio de sociedade de economia mista e empresas públicas no rol de sujeitos passíveis de sofrer os danos decorrentes de improbidade.

No que se refere às empresas cujo capital o erário tenha concorrido com mais de cinquenta por cento da sua receita anual ou na constituição do seu patrimônio, subtende-se que elas são controladas direta ou indiretamente pelo poder público, presumindo-se que as atividades ali desempenhadas possuem interesse público, justificando a contribuição do Estado, e conseqüentemente, permitindo a responsabilização de seus empregados por condutas atentatórias aos princípios da Administração Pública.⁴⁶

2.1.3 *Sujeitos equiparados*

A equiparação aqui constante poderá abranger tanto os sujeitos passivos quanto os ativos, conforme o envolvimento na prática dos atos de improbidade. Primeiramente, cabe incluir entre os entes prejudicados pelo ato danoso, aquelas empresas que não compõem a administração indireta, mas que recebem auxílio ou investimento do poder público. Nesse caso, Emerson Garcia cita como exemplo as empresas prestes a serem

⁴⁵GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 184.

⁴⁶GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 184.

liquidadas, que recebem auxílio financeiro do Banco Central do Brasil.⁴⁷

No que se refere aos sujeitos ativos, são a estes comparados aquelas pessoas que não integram os quadros do funcionalismo público, mas que de alguma forma contribuem ou induzem para a prática do ato de improbidade, ou mesmo que não participam da conduta, mas se beneficiam direta ou indiretamente. José Armando da Costa explica, então, que a participação do particular se divide em três momentos: o induzimento, anterior à conduta, em que há a influência para despertar a vontade do agente a praticar o ato. O segundo momento consubstancia na concorrência da conduta do agente com a do particular e, por fim, o terceiro momento, no qual a pessoa estranha ao serviço público não estimulou a prática do ato, mas auferiu vantagens dela.⁴⁸

2.2 Sujeitos processuais

A legitimidade para a causa é o segundo requisito para a propositura de uma ação, conforme estabelece o artigo 3º do Código de Processo Civil, significando, em regra, que somente o titular de um direito pode discuti-lo em juízo, salvo quando a lei autoriza outra pessoa a pleitear o direito de outrem. Esse acima referido corresponde à legitimidade ativa. A passiva, por sua vez, corresponde à pessoa do réu, ou seja, a aquele contra quem o autor se dirige.⁴⁹

Na ação de improbidade, a legitimidade se torna diferente devido à natureza da ação e do próprio objetivo da demanda - a defesa do patrimônio e moralidade pública. Desse modo, a seguir serão levantadas algumas considerações sobre o assunto.

⁴⁷GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 185.

⁴⁸COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 26.

⁴⁹BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 30.

2.2.1 Legitimidade ativa

O artigo 17 da lei de improbidade dispõe sobre a legitimidade ativa da demanda. Desse modo, pode propor a ação de improbidade o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, em conformidade com o artigo 129, parágrafo 1º da Constituição Federal, determinando que a legitimação do Ministério Público não retira a de terceiros para a propositura de ações civis.⁵⁰

A Constituição Federal elenca em seu artigo 129 as funções institucionais do Ministério Público, entre elas (inciso III), a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Desse modo, houve uma ampliação do rol estampado no artigo 2º, inciso IV da Lei n.º 7.347/85 (ação civil pública), ao inserir a defesa do erário como interesse transindividual. Tal dispositivo trata de rol exemplificativo, incluindo na defesa de interesses difusos, a defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público, dentre outros.⁵¹

Desse modo, Lisbôa Neiva entende que o Ministério Público, ao demandar em nome próprio interesse da coletividade, constitui autor ideológico, eis que é portador do interesse difuso tutelado na ação, a probidade e o patrimônio público. O autor também defende a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo originário entre a pessoa jurídica interessada e o Ministério Público.⁵² O artigo 17, parágrafo 4º da Lei de improbidade ainda determina que o Ministério Público atue como fiscal da lei nas ações em que não intervier como parte, sob pena de nulidade do processo.

Ainda sobre legitimidade ativa, Mendes Lobo entende ser possível serem legitimados ativos todos os co-legitimados constantes na lei de ação civil pública, em seu artigo 5º, para proporem ação civil a fim de defender a moralidade e o patrimônio público. Ressalva, no entanto que estes não poderão pleitear as condenações previstas na lei de

⁵⁰MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2775.

⁵¹MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2778.

⁵²NEIVA, José Antônio Lisbôa. *Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 152.

improbidade, eis que não constam na legitimidade conferida por esta lei, mas somente pela Lei n.º 7.347/85.⁵³

Portanto, o autor defende a legitimidade ativa para a propositura da ação civil de improbidade administrativa contemplou a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e as sociedades civis que possuem entre suas finalidades a defesa da probidade administrativa, mesmo que essas pessoas não sejam prejudicadas diretamente com o ato de improbidade.⁵⁴⁵⁵

Por fim, Mendes Lobo ainda esclarece que uma pessoa jurídica pode manifestar um interesse na causa mesmo que não tenha sido diretamente prejudicada pelo ato de improbidade. Assim, não se afasta a legitimidade contida na Lei n.º 7.347/85, eis que a improbidade administrativa revela um interesse metaindividual, difuso por excelência. Desse modo, a pessoa jurídica interessada não se resume às pessoas jurídicas prejudicadas.⁵⁶

2.1.2 Legitimidade passiva

A legitimidade passiva está estabelecida nos artigos 2º, 3º e 8º da LIA. Ou seja, podem ser réus da ação de improbidade o agente público ímprobo, as pessoas que concorrem ou induzem a prática do ato, os terceiros que se beneficiam direta ou indiretamente, bem como os sucessores de todas essas pessoas, sujeitos às penalidades da lei de improbidade até o limite do valor da herança.⁵⁷

Aqui valem as mesmas considerações apresentadas quanto aos sujeitos ativos do ato de improbidade.

⁵³LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. *Revista Processo*. São Paulo, v. 32, n. 148, jun. 2007. p. 66.

⁵⁴LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. *Revista Processo*. São Paulo, v. 32, n. 148, jun. 2007. p. 68.

⁵⁵Cabe ressaltar que o artigo 5º, inciso I e parágrafo 4º da Lei n.º 7.347/85, determina que as associações devem ser constituídas a pelo menos um ano, podendo o juiz dispensar esse requisito quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou relevância do bem jurídico protegido.

⁵⁶LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. *Revista Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 148, jun. 2007. p. 67.

⁵⁷FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa. In: *Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 415.

2.3 A Administração Pública como parte

A legislação brasileira que regulamenta a punição de servidores públicos e de particulares por atos que geram enriquecimento ilícito e/ou dano ao erário, chamados de atos de improbidade, faculta à Administração Pública atuar como parte na relação jurídica da ação (seja como autor ou réu), ou simplesmente se abster e ocupar uma posição de neutralidade no processo, desde que sua escolha seja fundamentada no interesse público. O presente estudo tem por objetivo, portanto, buscar definir a natureza jurídica dessa posição ocupada por ela e especialmente tentar compreender essa “neutralidade”, bem como suas consequências para o processo.

Conforme já explanado acima, a lei de improbidade prevê como legitimados à propositura da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, incluídos neste último, os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a administração indireta, empresas incorporadas ao patrimônio público, aquelas em que o erário haja contribuído com mais de 50% da receita anual e entidades que recebem subvenções, benefícios e incentivos de órgão público. O artigo 17, parágrafo 3º, da LIA insere uma regra nos casos em que a ação for proposta pelo Ministério Público, determinando a aplicação, no que couber, do disposto no parágrafo 3º do artigo 6º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, lei da ação popular - LAP.

O referido artigo abre oportunidade à pessoa jurídica lesada com o ato de improbidade escolher em que polo atuará no processo, como autor, réu, ou ainda optar por se abster de participar do processo, assumindo uma posição de neutralidade, conforme o interesse público existente na causa. Essa regra especial destinada à Administração Pública causa divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de sua presença na ação de improbidade administrativa, levantando questões quanto à obrigatoriedade ou não de sua participação e principalmente quanto à sua inércia no processo, após devidamente citada.

Considerando a interpretação desse artigo da LAP realizada por Mancuso, a pessoa jurídica de direito público lesada, ao ser intimada para integrar a lide, poderá tomar três posicionamentos diferentes na relação: i) atuar ao lado do autor da ação como assistente; ii) contestar o pedido, ou iii) se abster de contestar o pedido, ocupando uma posição de neutralidade no processo. A princípio, tal situação representaria no direito processual civil um

litisconsórcio passivo necessário, não fosse o caráter singular do dispositivo, em que a postura a ser exercida pela Administração é definida conforme o interesse público existente. Caso ela decida figurar ao lado do autor, atuará como assistente simples, uma vez que poderá a qualquer momento se convencer de mudar de posição, conforme o interesse público em questão.⁵⁸

De acordo com o entendimento de Gomes de Mattos, o artigo se refere a litisconsórcio facultativo, eis que, conforme uma interpretação literal do dispositivo, a pessoa jurídica de direito público “poderá” abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor. Desse modo, inquestionável seria interpretar tal dispositivo como “deverá”. Ademais, não se pode compelir alguém a ser autor de alguma ação, impossibilitando a configuração do litisconsórcio ativo necessário, salvo nos casos expressos em lei. A Administração Pública deve se utilizar da discricionariedade para decidir atuar no processo (seja no polo ativo ou passivo) ou permanecer inerte, porém conforme os limites impostos à sua aplicação. O autor ainda esclarece que mesmo a falta de intimação da pessoa jurídica lesada não enseja nulidade do processo, o que para ele é justificado por se tratar de litisconsórcio facultativo.⁵⁹

No direito processual civil brasileiro, o instituto do litisconsórcio está ligado ao fato de que o consorte é aquele legitimado a conduzir o processo, ou seja, poderia desde logo propor a mesma ação como autor. O mesmo não acontece com o assistente simples e o litisconsorcial, que não podem ser legitimados a atuar como partes, apesar de possuírem alguns direitos amplos de intervenção no processo, como produzir provas, arrazoar e recorrer, exceto aqueles direitos de disposição.⁶⁰

Parcela da doutrina, inclusive Mancuso, utilizando as palavras de Macedo, entende que a qualificação processual será de assistente litisconsorcial, uma vez que, provado o interesse público na escolha de um dos polos da ação, sua posição tem uma característica de mobilidade, ou seja, no curso do processo a pessoa jurídica interessada poderá mudar de polo

⁵⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 173.

⁵⁹MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n° 8.429/92*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 583.

⁶⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 43.

de acordo com seu convencimento.⁶¹

No entanto, emprestando os ensinamentos de Dinamarco acima expostos, o dispositivo em estudo trata-se de típica situação de litisconsórcio, eis que a pessoa jurídica interessada é legitimada para propor a ação de improbidade, conforme autoriza o artigo 17, caput, da Lei n.º 8.429/92. Os co-legitimados (Ministério Público e pessoa jurídica interessada) podem ocupar a mesma posição jurídica quanto ao objeto da ação. Portanto, nos casos em que ela atua ao lado do autor (Ministério Público), ocupará posição de litisconsórcio ativo.

A redação original do artigo 17, parágrafo 3º da LIA⁶², determinava expressamente que a pessoa jurídica integraria a lide como litisconsorte necessário ativo para suprir as eventuais omissões da inicial e ainda apresentar e indicar meios de provas de que disponha. Como não há mais menção expressa do litisconsórcio necessário, com a nova redação dada pela Lei n.º 9.366/96⁶³, o entendimento adotado por parte da doutrina é aquele que configura tal situação como litisconsórcio, porém facultativo.

Fazzio Júnior também defende esse entendimento, pelo qual a Fazenda Pública, conforme seja útil ao interesse público poderá escolher a posição na relação jurídica da ação mais adequada. O autor apenas faz uma ressalva nos casos em que ocorrer lesão ao patrimônio da pessoa jurídica, situação em que esta não poderá figurar no polo passivo, eis que será diretamente beneficiada pela sentença, com o ressarcimento do prejuízo sofrido.⁶⁴ Desse posicionamento, compreende-se que seria possível tal situação apenas no tipo de ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, disposto no artigo 10 da Lei n.º 8.429/92.

⁶¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 211.

⁶²A antiga redação era assim disposta: parágrafo 3º No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará 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.

⁶³Nova redação: artigo 17, parágrafo 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no parágrafo 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Por sua vez, este último artigo dispõe: parágrafo 3º A pessoas jurídicas 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.

⁶⁴FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 325.

Emerson Garcia e Pacheco Alves entendem que mesmo depois da modificação do artigo 17, parágrafo 3º da LIA, alterada pela 9.366/96, é possível a participação dos co-legitimados sempre que houver omissão por parte do autor da ação, seja ela objetiva ou subjetiva. Desse modo, a Fazenda Pública, no caso da ação ter sido proposta pelo Ministério Público, deverá suprir as falhas da petição inicial, de forma a garantir a total reparação do patrimônio público desviado, bem como contribuir para a devida aplicação da pena aos culpados, pelo respeito ao princípio da obrigatoriedade, em que o legitimado deve zelar pela responsabilização de todos aqueles que praticaram ou se beneficiaram com o ato de improbidade⁶⁵

Nesse aspecto, os autores admitem apenas o litisconsórcio facultativo ativo, de modo que a Fazenda Pública, como co-legitimada a atuar na ação, deve contribuir com informações essenciais ao andamento do processo, não apresentadas pelo Ministério Público.⁶⁶ Ressalte-se que sua inclusão na relação processual só será permitida em casos de omissões na inicial. Subtende-se, portanto, que estaria vedado o litisconsórcio passivo, conforme a interpretação desses doutrinadores.

O motivo de ainda ser sustentada a posição de litisconsorte por alguns autores se baseia no fato de que a pessoa jurídica de direito público lesada é legitimada para integrar a lide, diferença essencial entre esse instituto e a assistência. A impossibilidade trazida ao interpretar o dispositivo como litisconsórcio necessário está refletida nas regras de processo civil, pois este tipo de litisconsórcio é exceção, somente autorizado por lei ou naquelas situações em que a natureza da demanda assim o exige. Como não há mais referência expressa no dispositivo, surge o entendimento predominante na doutrina de que se trata, portanto, de litisconsórcio facultativo.

No entanto, conforme será demonstrado a seguir, esse tema deve ser estudado de forma mais cuidadosa, eis que a tutela da ação de improbidade administrativa, assim como as demais que possuem natureza coletiva, apresenta peculiaridades em seu processamento que as tornam diferentes das demandas de natureza individual, em que são aplicadas as regras dispostas no Código de Processo Civil. Desse modo, as regras a serem

⁶⁵GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 632.

⁶⁶No mesmo sentido: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 141.

observadas necessitam de ressalvas e adaptações, a fim de resguardar a própria efetividade da tutela da ação civil pública de improbidade administrativa.

2.4 Regra da lei de ação popular

A regra disposta no artigo 17, parágrafo 3º da Lei de Improbidade Administrativa surgiu a partir da Lei n.º 3.502 de 21 de janeiro de 1958, antecedendo aquela, que estabelecia a obrigatoriedade da pessoa jurídica lesada ser intimada para integrar a lide como litisconsorte ativo necessário. Ao ser revogada, a nova lei permaneceu com a mesma regra na redação original do parágrafo 3º do artigo 17. Posteriormente, o dispositivo foi alterado pela Lei n.º 9.366/96, determinando, assim, a aplicação do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei de Ação Popular – LAP –. Dessa forma, a regra foi expressamente modificada: 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.⁶⁷

Verifica-se que com a remissão do artigo da LIA à norma da LAP, houve uma aproximação ainda maior dessas duas ações, tendo em vista que ambas podem ser utilizadas no combate aos atos ímprobos, porém com diferentes autores e objetos. O alcance das ações também é diferenciado, ou seja, a ação popular visa à decretação da invalidade do ato, a indenização por perdas e danos. Na ação de improbidade, por sua vez, há um maior rigor nas penalizações, com condenação a perda de direitos políticos, sem prejuízo à reparação do dano, a perda dos bens havidos ilicitamente, bem como ao pagamento de multa.

A mudança na legislação quanto ao posicionamento jurídico da Administração Pública na ação levantou variados entendimentos na doutrina e na jurisprudência, que de acordo com a interpretação adotada, poderão gerar diferentes consequências no decorrer do processo. Tal divergência acontece devido à característica anômala existente no lugar ocupado pela pessoa jurídica na relação processual. Por isso, conforme discutido acima, alguns autores defendem que sua participação será na forma de

⁶⁷FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 268.

assistente simples, já outros afirmam ser na verdade litisconsórcio facultativo e há até mesmo aqueles que entendem se tratar de assistente litisconsorcial.

Importante colacionar o entendimento de Rodrigo R. Mazzei encontrado em seu estudo sobre a compreensão do artigo 6º, parágrafo 3º da LAP.⁶⁸ O autor explica que trata-se de “uma forma de intervenção móvel da pessoa jurídica” nas ações de cunho coletivo. Dessa forma, ressalta a existência de um microsistema de tutela coletiva, formado à margem do sistema processual individual.

Esse microsistema é constituído pela interação de diversas normas de defesa dos direitos coletivos e difusos, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a lei de ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), lei de ação popular (Lei n.ª 4.717/65), dentre outras. Defende, portanto, a comunicação e interligação entre as regras constantes nesses diversos diplomas, a fim de contribuírem para a formação de um direito processual coletivo.

Mazzei explica que apesar de o Código de Processo Civil ser utilizado subsidiariamente em algumas leis, naquilo que não for contrário às suas disposições, tais como a lei de ação civil pública, por determinação do artigo 19 e a lei de ação popular, nos termos do artigo 22, a sua aplicação deve ser, na verdade, residual. Desse modo, o Código de Processo Civil somente será aplicado quando houver omissão na norma e após a verificação de que esta não pode ser sanada com a aplicação de regra contida em outro diploma de natureza coletiva.⁶⁹

A questão apresentada pelo professor revela a preocupação com o avanço dessa vertente do direito processual, que possui objeto diferenciado daquele contido nas regras encontradas no Código de Processo Civil, este que foi criado visando às necessidades de cunho eminentemente individual. Assim, seria inviável utilizar nas ações coletivas os institutos contidos nesse código sem qualquer adaptação ou alteração, diante das diferenças entre esses tipos de demandas. Portanto, ao interpretar artigo 6º da lei de ação popular, deve-se tomar essa precaução, eis que as considerações contidas nas regras de direito individual sobre litisconsórcio não podem ser aplicadas sem ressalvas.

⁶⁸MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez. 2008. p. 229.

⁶⁹MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez., 2008. p. 230.

Sabe-se que a doutrina majoritária entende que a Administração Pública será litisconsorte facultativo na ação de improbidade quando o autor for o Ministério Público. Tal interpretação encontra-se inclusive baseando-se na ausência de nulidade do processo por falta de citação da pessoa jurídica. No entanto, Mazzei revela a importância de interpretar o parágrafo 3º do artigo 6º da LAP conjuntamente com o seu caput, que determina a citação da Administração Pública envolvida no ato impugnado.

Nesse sentido, não há que se falar em dispensa da sua citação, eis que a pessoa jurídica tem como opção aderir ao polo ativo, abrindo-se a possibilidade de sua intervenção móvel.⁷⁰ O autor ainda ressalta a importância da citação pela natureza da sentença que porventura será proferida, eis que influenciará direta ou indiretamente a Fazenda Pública. Do mesmo modo, não se pode deixar afastar a ideia de que ela ainda poderá contribuir com o deslinde do processo, com informações importantes ao interesse público. Assim, não se sustenta o entendimento de que se forma, no caso, o litisconsórcio facultativo.

Por outro lado, o autor relata que pelo fato de estar descartada a possibilidade de ser litisconsórcio facultativo não transforma a situação automaticamente em necessário. Ele explica que a classificação do litisconsórcio quanto à sua formação (em facultativo ou necessário) está relacionada com as situações em que duas ou mais pessoas figurarão no mesmo polo da ação a fim de litigar contra a parte contrária. Nesse caso, a análise é realizada anteriormente ao ajuizamento da ação, prevendo uma estabilidade subjetiva na relação entres os sujeitos da ação.⁷¹

Entretanto, o artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65 possui característica contrária, vez que apresenta a mobilidade da pessoa jurídica após a sua posição inicial no polo passivo. O interesse público existente à causa permite a situação na qual a pessoa jurídica não será adversária do autor da ação (Ministério Público), eis que não haverá conflito de interesses, mas tão somente contraste de valoração destes. Verifica-se, portanto, que o litisconsórcio necessário conhecido no Código de Processo Civil não é adequado ao caso, devido ao fato de que este instituto não permite a mobilidade característica do parágrafo 3º do

⁷⁰MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez. 2008. p. 239.

⁷¹MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez. 2008. p. 243.

artigo 6º da lei de ação popular, contrariando a figura original desse conceito, no qual a formação do consórcio é definida previamente ao ajuizamento da ação.⁷²

Ao buscar a solução para esse impasse, Mazzei adota a expressão “uma forma (coacta) de intervenção móvel” para identificar a posição ocupada pela pessoa jurídica na relação processual da ação de improbidade. Ele se refere a “um fenômeno muito peculiar das ações coletivas”, em que se refuta a ideia tradicional do instituto do litisconsórcio facultativo e necessário pelas diferenças encontradas entre os mecanismos de tutela individual, constantes do Código de Processo Civil, em relação às normas do microssistema de tutela coletiva. Em seguida, o professor explica a utilização do termo adotado, sendo que a intervenção forçada é diversa da encontrada no litisconsórcio facultativo, na qual há, na verdade, uma convocação para a intervenção que se processa voluntariamente. Essa intervenção obrigatória, mesmo que seja para manter-se inerte, decorre a necessidade de citação da pessoa jurídica interessada para que escolha entre as opções oferecidas pelo parágrafo 3º, do artigo 6º da lei de ação popular.⁷³

2.5 O interesse público como requisito do interesse processual da Administração Pública

Torna-se necessária uma detida reflexão sobre o dispositivo em estudo, de forma a buscar a melhor interpretação do parágrafo 3º, artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa. A discricionariedade na escolha por uma das três opções disponibilizadas pelo artigo se restringe à comprovação do interesse público, conforme menção expressa na referida lei.

A respeito desse princípio basilar que rege a Administração Pública, Di Pietro ensina que a supremacia do interesse público deve ser priorizada, pois sua própria finalidade é a busca pelo bem-estar coletivo, seja no momento da edição da lei, ou seja, na execução das atividades pelos órgãos administrativos. Suas condutas e escolhas não podem inclinar-se na busca de interesses individuais. Esclarece, ainda, que esse princípio está diretamente ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público, ou seja, a própria

⁷²MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez. 2008. p. 244.

⁷³MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez. 2008. p. 245

Administração não pode dispor do interesse público confiado a ela na execução de suas atribuições.⁷⁴

Sobre o conceito jurídico de interesse público, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, explica que não se pode considerar uma noção simplista do tema, tanto na ideia de que o interesse público se contrapõe ao interesse privado ou que aquele é a junção dos interesses individuais. Nesse sentido, é extraído o conceito do professor de que “interesse público é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de os serem”.⁷⁵ Desse modo, não há interesse público contrário ao interesse dos membros da sociedade. Há, portanto, uma relação indissociável entre interesse público e interesses ditos individuais.

Em mesma obra acima referida, é esclarecida a importância desse conceito, eis que significa a possibilidade da defesa desses interesses por particulares fora das esferas da ação civil pública e da ação popular, por se tratar de direito subjetivo de cada indivíduo que é afetado antes da coletividade, bem como desmistifica a ideia de que todo interesse do Estado seria um interesse público.⁷⁶

Nesse sentido, necessário trazer a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. Desse modo, o Estado, enquanto pessoa jurídica, apesar de ser responsável pela tutela do interesse público, possui, assim como os demais particulares, interesses individuais que não correspondem necessariamente aos interesses públicos. Bandeira de Mello ainda ressalta que esses interesses do Estado que não são interesses públicos, se assemelham aos interesses particulares dos demais indivíduos da sociedade. No entanto, somente poderão ser defendidos enquanto instrumentos ao alcance do interesse público e quando não contrários a este. O Estado não pode, portanto, tutelar seus interesses do mesmo modo que os particulares. Assim, é denominado primário o interesse

⁷⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61.

⁷⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61.

⁷⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 62.

público propriamente dito, conforme acima conceituado e o interesse público secundário é o interesse do Estado quando este corresponde ao interesse público em si.⁷⁷

Importante colacionar que o interesse público é concretizado no próprio Direito Positivo, quando qualificado como tal. Será, portanto, interesse público aquilo que a Constituição Federal determinar ou as leis editadas em conformidade com a Carta Magna. Conclui-se que o interesse privado protegido constitucionalmente não deixa de ser público igualmente. Destarte, a supremacia do interesse público sobre o privado não deixa de zelar por este último, ideia comumente equivocada.⁷⁸

Ainda trazendo os ensinamentos de Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o privado representa a própria condição de sobrevivência do indivíduo perante a coletividade. É pressuposto de uma ordem social estável para a garantia e resguardo dos membros da sociedade. A supremacia do interesse público traz consigo dois subprincípios ou duas consequências principais: a) a posição privilegiada do Estado na tutela do interesse público, conferida pela ordem jurídica, representada, por exemplo, na presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, a concessão de prazos processuais maiores nas contendas judiciais, dentre outros; b) a supremacia da Administração Pública, representada na verticalização nas relações com os particulares. Ou seja, o Estado ocupa posição de autoridade e comando para possibilitar a gerência dos interesses postos em conflito, gerando inclusive a constituição de obrigações unilaterais do Estado aos particulares.⁷⁹

Convém ainda demonstrar a imprescindível indisponibilidade do interesse público, eis que a Administração não é titular deste e sim o Estado, que o protege por meio da sua função administrativa, sendo esta autorizada e subordinada pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a Administração não tem disponibilidade sobre o interesse público, mas o dever de exercê-lo, nos termos dos princípios inerentes à sua atividade, mormente o da

⁷⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

⁷⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69

⁷⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

legalidade.⁸⁰

Apesar de a lei de improbidade remeter a aplicação de um dispositivo da Lei de Ação Popular, o artigo 6º, parágrafo 3º, quando interpretado na ação de improbidade recebe entendimento diferenciado, dificultando, assim sua eficácia, eis que por facultar a participação da Administração Pública, esta acaba por se neutralizar na ação de improbidade administrativa, por ser a escolha mais cômoda, tendo em vista principalmente as questões políticas envolvidas nesse tipo de processo. Com a mudança na legislação, fazendo um parâmetro no âmbito do Distrito Federal, as pessoas jurídicas escolheram por se absterem em grande parcela das ações propostas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por afirmarem não haver interesse público em sua participação.⁸¹

Como acima exposto, a discricionariedade entregue aos representantes das pessoas jurídicas de direito público lesadas não pode se afastar de sua própria previsão legal e do interesse público. A ação de improbidade administrativa tem por objetivo punir os agentes públicos e aqueles que contribuíram para a prática de condutas imorais que causam enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. A utilização do poder discricionário é, portanto, limitada, somente podendo ser autorizada em casos expressos, de forma a evitar exageros por parte dos administradores do Estado.

Nesse sentido, mesmo que a Administração Pública escolha se neutralizar no processo (devidamente motivada no interesse público, não podendo ser desprovida de fundamentação), seu interesse é imanente à causa, eis que ela foi lesada pelo ato de improbidade do agente público ou terceiro que tenha contribuído para provocar a lesão. A título de explicação, convém transcrever trecho final do voto do Desembargador Henrique Nelson Calandra no julgamento do agravo de instrumento n.º 560 409-5/0-00, da Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

É preciso ressaltar que o interesse público na condenação dos agentes que praticaram improbidade não pertence à discricionariedade; decorre da lei e dos princípios constitucionais e administrativos, entre eles o da impessoalidade, razão por que é indeclinável o interesse da pessoa jurídica de direito público de apurar e punir os agentes que tenham praticado atos

⁸⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74.

⁸¹Informação obtida mediante a aplicação de questionário a alguns promotores de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Anexo I.

lesivos, que é justamente o interesse público, devendo, pois, a administração, se não promover ou auxiliar a apuração e punição, ao menos não obstaculizar a ação do Ministério Público.⁸²

Marcelo Figueiredo ressalta que a posição escolhida pela Fazenda Pública deve ser desentranhada de critérios políticos e sim por profunda análise técnico-jurídica. No entanto, diante do atual cenário brasileiro, em que as influências político-partidárias assumem papel principal nas tomadas de decisões no âmbito da Administração Pública, tal empreitada torna-se praticamente impossível.⁸³

⁸²TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AGI n° 560.409-5/0-00 2ª Câmara Cível da Comarca de Ibiúna. Ementa [...]. Relator: Henrique Nelson Calandra, São Paulo, 05 dez 2006.

⁸³FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa: comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 269.

3 AÇÃO DE IMPROBIDADE, FAZENDA PÚBLICA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

A jurisdição é exercida pelo Estado em todo o território nacional e tem a função de prevenir e compor conflitos, aplicando o direito a fim de resguardar a ordem jurídica e a paz social. Por questão de conveniência, a função jurisdicional é dividida em setores conforme a especialização. Assim, as causas são distribuídas pelos diversos órgãos jurisdicionais de acordo com suas atribuições. A competência, portanto, é o resultado de critérios para distribuição dessas atribuições referentes ao desempenho da jurisdição.⁸⁴

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a “competência é o conjunto de atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidas pela Constituição e pela lei, [...] também conceituada como medida da jurisdição”.⁸⁵ A sua distribuição é realizada por meio de normas constitucionais, de leis processuais, das leis de organização judiciária, bem como dos regimentos internos dos tribunais, no que se refere às competências internas. A Constituição Federal distribui a competência em todo o Poder Judiciário Federal, sendo residual a competência estadual.⁸⁶

Na linguagem corrente, fala-se em competência originária, como forma de fixação da competência de um tribunal para julgamento de uma causa; em competência de jurisdição, quanto à distribuição da competência entre as várias justiças; em competência de foro ou territorial, quanto à determinação geográfica do lugar onde a causa deve ser ajuizada; em competência do juízo, referente às competências de varas comuns e especializadas e competência recursal, no que se refere à interposição de recursos.⁸⁷

⁸⁴DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Bahia: JusPodivm, 2010. p. 121.

⁸⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 411.

⁸⁶DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Bahia: JusPodivm, 2010. p. 122.

⁸⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 419.

A respeito da competência do foro (territorial) e competência do juízo, Didier Jr. ensina que a primeira é regulada pelo Código de Processo Civil, sendo o local onde o juiz exerce suas funções, “é a unidade territorial sobre a qual se exerce o poder jurisdicional”. Por sua vez, a segunda é determinada pelas leis de organização judiciária, em que vários juízes podem deter atribuições iguais ou diversas. Nesse sentido, primeiramente se verifica qual o foro competente, depois o juízo, identificado pela vara, cartório, unidade administrativa.⁸⁸

A jurisdição, considerada, como parcela da soberania nacional, é exercida nos limites do território brasileiro. A competência territorial ou de foro divide o território em circunscrições judiciárias. Na justiça estadual, as circunscrições podem corresponder a um ou mais municípios, assim denominadas comarcas. Cada juiz, portanto, tem competência para julgar as ações que devam ser propostas no juízo de sua comarca, conforme os critérios adotados pelo Código de Processo Civil, que regula o foro geral ou comum e diversos foros especiais. Além do critério territorial, o Código adota também outros critérios, tais como o valor da causa, a matéria e o funcional.⁸⁹

Nesse sentido, nos termos da organização judiciária do Distrito Federal e Territórios, a competência geral para julgamento das causas em que a Fazenda Pública seja parte, ou intervenha de alguma forma na ação (litisconsorte, assistente, oponente), refere-se à competência do juízo, determinada pelo artigo 26 da Lei n.º 11.697, de 13 de junho de 2008. Adiante serão realizadas maiores considerações sobre essa competência, mormente quanto à interpretação do artigo supra no contexto da ação de improbidade.

3.1 A lei de organização judiciária do Distrito Federal

A ação civil pública de improbidade administrativa será ajuizada perante o foro onde ocorreu o dano, conforme estabelece o artigo 2º da Lei n.º 7.347/85, lei de ação civil pública. Conforme explanação sobre o assunto, Arthur Mendes Lobo ensina que pelo próprio objetivo da ação - velar pelo prestígio da administração da coisa pública - o dano que

⁸⁸DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Bahia: JusPodivm, 2010. p. 127.

⁸⁹DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 167.

determina a fixação do foro é aquele produzido como lesão aos interesses e princípios da Administração Pública, e não dos particulares envolvidos que porventura tenham sofrido algum prejuízo. Assim, recai sobre a sede da pessoa jurídica lesada.⁹⁰

As ações de improbidade são propostas perante o juízo de primeira instância na forma estabelecida pela Lei de Organização Judiciária local. Se houver previsão de vara especializada, será esta a competente para o processamento da demanda, ou aquelas especializadas em Direito Público. Cabe ainda mencionar que nas causas nas quais haja envolvimento de entes federais, mas que se processam em localidades onde não existe seção judiciária da Justiça Federal, será competente a Justiça Estadual.⁹¹

Desse modo, trata-se de foro especial, excepcionado o foro comum, que é o domicílio do réu. Refere-se, portanto a competência absoluta, impedindo, assim, sua alteração pelo instituto da conexão ou continência. Assim, é competente o juízo de primeiro grau, em primeira instância nos julgamentos das ações civis pública de improbidade administrativa.⁹²

A nova lei de organização judiciária do Distrito Federal, Lei n.º 11.697, de 13 de junho de 2008, trata da competência das Varas deste ente federativo e dos territórios. A lei anterior, n.º 8.185, de 14 de maio de 1991 que precedeu a norma vigente, sofreu pequenas alterações em seu texto quanto à competência da Vara de Fazenda Pública, em relação ao artigo 27 da lei anterior.

Desse modo, nos termos do artigo 26 da nova lei, compete a essa Vara o julgamento das causas em que o Distrito Federal ou entidades descentralizadas atuem como autores, réus, assistentes, litisconsortes, intervenientes ou oponentes, nas ações populares de seu interesse, e nos mandados de segurança contra suas autoridades do Governo e da administração descentralizada.

⁹⁰LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista da lei de improbidade administrativa: *competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 32, n. 148, jun. 2007. p. 49-75.

⁹¹BEZERRA FILHO, Aluizio. *Lei de improbidade administrativa aplicada e comentada*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 154.

⁹²PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 206.

O parágrafo 1º do artigo 27⁹³ da lei revogada se referia às ações ajuizadas perante outros juízos em que, se o Distrito Federal ou entidade descentralizada fossem admitidos como assistentes, litisconsortes, oponentes ou intervenientes, a competência passaria a ser das varas de Fazenda Pública. De fato, essas hipóteses foram incluídas no inciso I do artigo 26 da Lei n.º 11.697/2008,⁹⁴ não se tendo notícias de mudanças de ordem prática nesses casos.

Nesse sentido, as ações de improbidade administrativa são ajuizadas, em sua maioria, perante as varas de Fazenda Pública, pela presença da Administração Pública na demanda. No entanto, em alguns julgados, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tem atribuído a competência às Varas Cíveis, tais como o recente acórdão abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECLINAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. VERBA FEDERAL. INCORPORAÇÃO. PATRIMÔNIO. DISTRITO FEDERAL. VARA DE FAZENDA PÚBLICA. INTERESSE. NECESSIDADE. VARA CÍVEL. A verba federal transferida e incorporada ao patrimônio do Distrito Federal atrai a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ação de improbidade administrativa em que se discute malversação do recurso público federal incorporado ao patrimônio local e alocado no orçamento do Distrito Federal. A competência da Vara de Fazenda Pública para processar e julgar ação de improbidade administrativa somente se fixará se o Distrito Federal intervier no feito, manifestando interesse na demanda. Caso contrário, a competência será de Vara Cível. Agravo de instrumento provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. AGI n.º 20100020055566, 5ª Turma Cível. Relator Souza e Ávila. Brasília, 01 jul 2010, DJ 07.07.2010 p. 118.)

Segundo voto do Relator, Senhor Desembargador Souza e Ávila, o Distrito Federal deveria ser notificado para demonstrar seu interesse na demanda, a fim de fixar a competência conforme sua participação ou não na ação de improbidade. Desse modo, caso seu interesse seja manifestado pelo Estado, a competência permaneceria na vara de Fazenda Pública, caso contrário, haveria a declinação a uma das varas cíveis. Ainda não houve o desfecho dessa questão quanto à manifestação do Distrito Federal nessa demanda. No entanto, por se tratar de competência absoluta, conforme será explicitado adiante, não há que se

⁹³Art. 27, parágrafo 1º. As ações propostas perante outros Juízes passarão à competência das Varas da Fazenda Pública se o Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada forem admitidos como litisconsortes, assistentes, oponentes ou intervenientes.

⁹⁴Art. 26. Compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar: I – os feitos em que o Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista de que participe, forem autores, réus, assistentes, litisconsortes, intervenientes ou oponentes, excetuados os de falência e acidentes de trabalho;

cogitar em deixar ao critério da parte a fixação da competência para julgamento da ação de improbidade, mesmo que essa parte seja a própria Fazenda Pública.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal possui entendimento majoritário no sentido de que a competência será da Fazenda Pública, mesmo que o Distrito Federal ou entidade descentralizada não atue efetivamente na demanda, naqueles casos em que há manifestação pela inércia. Verifica-se certa confusão no entendimento desse tema, eis que atualmente existem ações de improbidade que tramitam perante as varas de Fazenda Pública, sendo a maioria, e outras nas varas cíveis. Como será explanado a seguir, frente à análise de diversos julgados, a questão da natureza jurídica do posicionamento da Administração Pública na relação processual da demanda está vinculada à fixação da competência no Distrito Federal. Quanto aos outros Estados estudados, bem como o Tribunal Superior de Justiça, não há controvérsias a respeito.

3.2 O entendimento dos tribunais

A dificuldade em definir a natureza jurídica da Fazenda Pública na relação jurídica da ação de improbidade gira em torno de duas discussões: quanto ao litisconsórcio, se facultativo ou necessário e quanto à possibilidade da legitimidade passiva, ativa ou ambas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já pacificou o entendimento no sentido de que se trata de litisconsórcio facultativo:

Apelação cível - Ação Civil Pública objetivando a devolução aos cofres públicos municipais dos valores apropriados do erário municipal e a condenação dos agentes nas penas previstas na Lei 8.429/92 - Improbidade administrativa - A Lei 10.628/02 que deu nova redação ao artigo 84 do Código de Processo Penal (garantia de foro privilegiado aos ex-Prefeitos), foi declarada inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal: ADI 2797/DF - O Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento de ação civil pública com fundamento na prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado A ação civil pública é reconhecidamente meio processual adequado para buscar a responsabilização do agente público - Admissível a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva, desde que sustentado nas disposições da Lei 8.429/92 **O Município/Fazenda Pública, nas ações civis públicas, cujo objeto é a busca pelo ressarcimento para os cofres públicos municipais de quantias recebidas de modo indevido pelo Prefeito Municipal, não figura na condição de litisconsorte necessário, mas sim facultativo - Utilização de provas obtidas ilicitamente em**

diligências preparatórias para a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público (quebra do sigilo bancário sem a devida autorização judicial): questão já foi objeto de decisão judicial (Agravo Instrumento n. 74635-1 e 7464-5/6 • A não inclusão no pólo passivo de terceira pessoa (responsabilização de eventuais beneficiários), pelo fato de ser possível a sua obtenção por outra via, caracteriza litisconsórcio facultativo - As condutas praticadas pelos agentes caracterizam flagrante desrespeito no trato da coisa pública: prática de atos ilegais –(*Omissis*)- Recurso interposto pela co-ré parcialmente provido. (grifo meu).(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. APC n° 412.310.5/2-00. 9ª Câmara de Direito Público. Relator: Sérgio Gomes. São Paulo, 19 ago 2009.)

O mesmo entendimento pode ser encontrado nos seguintes julgados: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 2ª Vara Cível – 10ª Câmara de Direito Público. APC n.º 290.368-5/9-00. Ementa: [...]. Relator: Antônio Carlos Vilen.; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 12ª Câmara de Direito Público. APC n.º 994.07.137179-1. Ementa: [...]. Relator: Edson Ferreira, Ribeirão Preto, 31 mar 2010; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 9ª Câmara de Direito Público. APC com Revisão n.º 994.051.074/17-4. Ementa: [...]. Relator: Sérgio Gomes. Santa Adélia, 19. ago 2009.

Importante destacar que o Colendo Tribunal paulista proferiu decisão segundo o qual a pessoa jurídica interessada não pode figurar como litisconsórcio passivo, eis que seria contrário ao interesse público tutelado na causa.⁹⁵

Em seu voto, o Desembargador Henrique Nelson Calandra explica que a mudança na redação do artigo 17, parágrafo 3º da Lei n.º 8.429/92 foi infeliz, vez que dificulta a proteção à probidade administrativa. Tal dispositivo remete apenas à regra do artigo 6º, parágrafo 3 da LAP e não a toda lei, conforme a expressão “no que couber”, constante em sua parte final. A ação popular possui objeto diverso da ação civil de improbidade administrativa. Aquela tem como sujeito passivo a pessoa de direito público. Quanto à ação civil, é apenas encontrada a expressão “poderá abster-se de contestar o pedido”, mas que seria por demais temerário forçar a interpretação no sentido de validar a

⁹⁵Agravo de instrumento - Ação Civil de Improbidade Administrativa movida face a Prefeito, Secretária Municipal de Educação, Servidor e autônomo — Pedido da Municipalidade de ingresso na lide para integrar o polo passivo, em litisconsórcio necessário -Impossibilidade — Inexistência de litisconsórcio passivo na hipótese — Participação da pessoa jurídica de direito publico admissível, na hipótese, apenas como litisconsorte do autor, em caráter facultativo — Inteligência do artigo 6º, parágrafo 3o, da Lei 4 717/65, aplicável por força do artigo 17, parágrafo 3º, Lei n° 8 429/92 -Litisconsórcio admitido apenas em defesa do interesse publico, junto ao polo ativo — Recurso não provido, ficando revogada a liminar. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 2ª Câmara Cível. AGI n° 560.409-5/0-00. 00. Relator: Henrique Nelson Calandra. Ibiúna, 05 dez 2006.)

participação do Município no polo passivo. Observe-se que a pessoa jurídica interessada é também legitimada a ajuizar ação de improbidade, o que não ocorre na ação popular. Naquele tipo de demanda, a entidade prejudicada será beneficiada com a possível procedência da ação, restabelecendo o patrimônio que lhe foi retirado. Desse modo, seria descabida sua participação ao lado do réu⁹⁶.

Por sua vez, no julgamento do agravo de instrumento n.º 650.983.5/9-00, do Relator Moreira de Carvalho, o TJSP seguiu o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a lei de fato não autoriza o litisconsórcio passivo, mas a melhor doutrina segue tal pensamento, nos casos em que a pessoa jurídica interessada acredita na licitude do ato praticado pelo agente público demandado.⁹⁷ O TJSP ainda apresenta outros julgados recentes no mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 10ª Câmara de Direito Público. APC n.º 380.196.5/4-00. Ementa: [...]. Relator: Torres de Carvalho. Assis, 08 fev. 2010; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 6ª Câmara de Direito Público. APC com Revisão n.º 994050937079 (414.384.5/3-00). Ementa: [...]. Relator: Evaristo dos Santos. Teodoro Sampaio, 14 set. 2009. Resta, portanto, pacificado o posicionamento nesse Tribunal atualmente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul segue o mesmo entendimento quanto ao litisconsórcio facultativo da pessoa jurídica interessada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. INOCORRÊNCIA. NÃO RECONHECIMENTO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE O ENTE MUNICIPAL E AGENTE A ELE VINCULADO, ACUSADO DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREJUDICIAIS AO PRÓPRIO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INTELIGÊNCIA DA NORMA DO ART. 17, PARÁGRAFO 3º, DA LEI N. 8429/92. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 3ª Câmara Cível

⁹⁶TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1ª Câmara de Direito Público. APC n.º 994.960.267/75-7. Ementa: [...]. Relator: Scarance Fernandes. São Paulo, 30 mar 1999.; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. 4ª Câmara de Direito Público. APC n.º 390.069.5/3-00. Ementa: [...]. Relator: Jo Tatsumi. São Paulo, 08 ago 2005.

⁹⁷SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp n.º 637597/SP. Ementa: [...]. Relator: Luiz Fux. Brasília, 20 nov 2006.

AGI n.º 70026398214. Ementa: [...]. Relator: Paulo De Tarso Vieira Sanseverino, RS, 04 dez. 2008)⁹⁸

Segue no mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual menciona, inclusive, que a falta da intimação da pessoa jurídica interessada não causa nulidade no processo, por se tratar de litisconsórcio facultativo:

Apelação Cível. Ação Civil Pública com pedido de liminar de indisponibilidade de bens do réu objetivando o ressarcimento integral do valor de R\$ 373.536,00 (trezentos e setenta e três mil, quinhentos e trinta e seis reais) ao patrimônio público e aplicação ao réu das sanções de perda da função pública, suspensão de direitos políticos por até 10 (dez) anos, pagamento de multa até 100 (cem) vezes o valor de sua última remuneração e proibição de contratar com o Poder Público e ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 10 (dez) anos, sob fundamento de ato de improbidade administrativa em razão de publicação, nos principais jornais deste município, de matéria publicitária neste valor, com desvio de finalidade, tendo o nítido propósito de servir de desagravo à imagem do réu, sem qualquer propósito educativo ou de informação à coletividade. Liminar não apreciada. Procedência parcial do pedido, somente para condenar o réu a devolver aos cofres públicos a referida importância com os acréscimos de juros e correção monetária, além dos ônus sucumbenciais. Apelos de ambas as partes. Ausência de notificação do réu para oferecer defesa escrita antes do recebimento da petição inicial, tendo este exercido plenamente seu direito de defesa. Matéria que gera apenas nulidade meramente relativa e que não foi objeto de recurso próprio, restando preclusa. **Falta de intimação da CEDAE, órgão presidido pelo réu. Litisconsórcio facultativo a afastar qualquer nulidade. Precedentes Jurisprudenciais.** Parte que não se manifestou quando instada a especificar provas a produzir. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa inexistente. Preliminares rejeitadas. *Omissis*. Provimento do primeiro recurso para julgar-se improcedente o pedido, ficando prejudicado o segundo. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1ª Câmara Cível. APC n.º 2005.001.31293. Ementa: [...]. Relator: Gilberto Dutra Moreira. RJ, 06 dez. 2005.) (grifo nosso)⁹⁹

Quanto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, este apresenta julgado com o mesmo posicionamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO PROMOVIDA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO. INGRESSO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, COMO LITISCONSORTE PASSIVO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. Na ação civil pública promovida contra o servidor, por ato de improbidade administrativa, a pessoa jurídica de direito público pode abster-se de

⁹⁸Precedente: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Cível. AGI n.º 596128546. Ementa: [...]. Relator: Ulderico Ceccato. RS, 11 set. 96.

⁹⁹Precedente: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 4ª Câmara Cível APC n.º 2005.001.17782. Ementa: [...]. Relator: Reinaldo P. Alberto Filho. RJ, 20 jul. 2005.

contestar a ação, ou atuar ao lado do autor, caso isso se afigure útil ao interesse público (Art. 17, parágrafo 3º, da Lei n. 8.429/92). Porém, nada obsta que a conteste, ingressando no feito como litisconsorte passivo, quando julga que o ato atende ao interesse público e o considera probo, embora reputado ímprobo pelo Ministério Público. Decisão: Dar provimento. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 5ª Turma Cível. AGI n.º 20070020022670. Relator JESUÍNO RISSATO. Brasília, 15 ago. 2007. DJ de 20.09.2007, p. 106.)

No entanto, o entendimento predominante encontrado nesse Tribunal é no sentido de que a inércia da Fazenda Pública não descaracteriza o litisconsórcio necessário. Tal posicionamento pode ser encontrado em diversos julgamentos:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - POSSIBILIDADE - REJEIÇÃO EM CONCRETO - CONSEQUÊNCIAS DA ANULAÇÃO DE ATO DA ADMINISTRAÇÃO - INOPORTUNIDADE DA APRECIACÃO.- Incompetência absoluta, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser argüida e decidida em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive mediante embargos declaratórios com efeito infringente. **No caso, rejeita-se a alegação, posto que, embora a ação de improbidade administrativa contra o Chefe de Governo e seu assessor tenha se processado perante a Vara da Fazenda Pública sem a intervenção direta do Distrito Federal, patenteia-se na causa o interesse do ente federado, como anômalo litisconsorte necessário ativo, definindo a competência.** A pretendida declaração dos efeitos operados pela anulação de ato administrativo em sede antecipação de tutela sujeita a agravo de instrumento escapa do âmbito dos embargos declaratórios, devendo ser apreciada no bojo da ação principal. Embargos declaratórios conhecidos e rejeitados.(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. AGI n.º 20000020019006. Relator GEORGE LOPES LEITE. Brasília, 08 out. 2001. DJ de 20.03.2002, p. 53.) (grifo nosso).¹⁰⁰

Em análise detalhada nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, verifica-se que esse posicionamento é o fundamento para a discussão de outra matéria, qual seja, a competência para julgamento da ação de improbidade administrativa. No acórdão acima transcrito, o agravante arguiu preliminar de incompetência absoluta da Vara de

¹⁰⁰Outros no mesmo sentido: (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. AGI n.º 20000020019006. Ementa: [...]. Relator George Lopes Leite, Brasília, 08 out. 2001. DJ de 20.03.2002, p. 53.); (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível APC n.º 19990110350138. Ementa: [...]. Relator George Lopes Leite, Brasília, 19 nov. 2001. DJ de 26.06.2002, p. 35); (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. AGI n.º 20070020119687. Ementa: [...]. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, 20 fev.2008. DJ de 10.03.2008, p. 79); (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível AGI n.º 20080020025263. Ementa: [...]. Relator: João Batista Teixeira. Brasília, 04 jun.2008. DJ de 09.06.2008, p. 166);

Fazenda Pública, pois nessa demanda o Distrito Federal optou por não participar do processo. Nesse sentido, pretendia-se declinar a competência a uma das varas cíveis.

No entanto, o Colendo Tribunal denomina a participação da Fazenda Pública como um tipo de litisconsórcio necessário anômalo, ou seja, diverso daquele tradicionalmente conhecido no Código de Processo Civil, mas que demonstra a obrigatoriedade da presença da pessoa jurídica interessada na relação processual. A anomalia estaria representada no interesse público existente para a escolha de uma das três opções que o artigo 6º, parágrafo 3º da Lei 4.717/65 disponibiliza.

Existem, portanto, duas correntes atuantes no âmbito do TJDFT sobre a competência para julgamento da ação de improbidade, frente à participação ou não da Administração Pública na relação jurídica processual da demanda.¹⁰¹ A primeira entende que a pessoa jurídica de direito público lesada ocupa a posição de litisconsorte facultativo na ação, pelo fato de não haver sua efetiva participação. O entendimento adotado por essa corrente revela que o artigo em discussão não obriga a participação da pessoa jurídica lesada com o ato de improbidade. Desse modo, pois, sendo litisconsórcio facultativo, a ausência de sua intimação nos termos da LIA não configura nulidade e, portanto, não causa a ineficácia da sentença que será proferida.

A segunda corrente, por sua vez, defende que a pessoa jurídica lesada ocupa uma posição de litisconsorte necessário anômalo em virtude do interesse público que não se afasta da Administração Pública, até mesmo quando esta se mantém neutra no processo. Assim, essa peculiaridade faz com que sua citação seja obrigatória, sob pena de gerar a nulidade do ato e ineficácia da decisão.

Alguns julgados, ao defender a segunda corrente, sustentam a competência da Fazenda Pública para julgar a ação, fundamentando seu entendimento na permanência da Administração Pública como litisconsorte necessário, na interpretação do artigo 17, parágrafo 3º, tais como no acórdão n.º 156008, que julgou a Apelação nos autos do processo n.º 1999.01.1.035013-8. A conclusão a que chegaram os desembargadores foi a de que mesmo que a pessoa jurídica interessada não se manifeste no processo, ela será diretamente atingida

¹⁰¹(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 4ª Turma Cível. AGI n.º 20070020106853. Ementa: [...]. Relator: Sérgio Bittencourt. Brasília, 10 dez.2008. DJ de 09.03.2009, p. 71)

pela sentença, sendo que seu interesse (apesar de não manifestado) até mesmo se confunde com o próprio interesse do Ministério Público como autor da ação. Desse modo, a competência ainda será da Fazenda Pública, pois a pessoa jurídica participa indiretamente do processo, não desconfigurando o litisconsórcio necessário existente na relação jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, possui entendimento pacificado no sentido de ser litisconsórcio facultativo.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 17, parágrafo 3º, DA LEI 8.429/92, C/C ART. 6º, parágrafo 3º, DA LEI 4.717/65. AUSÊNCIA E CITAÇÃO DO MUNICÍPIO. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO E NÃO-NECESSÁRIO. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. Quando a ação civil pública por ato de improbidade for promovida pelo Ministério Público, o ente público interessado, eventualmente prejudicado pelo suposto ato de improbidade, deverá ser citado para integrar o feito na qualidade de litisconsorte. 2. A pessoa jurídica de direito público intervém, no caso, como litisconsorte facultativo, não sendo hipótese de litisconsórcio necessário. 3. Entendimento pacífico firmado pelas Turmas de Direito Público desta Corte Superior. 4. A ausência da citação do Município não configura a nulidade do processo. 5. Recurso especial provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp n.º 526.982/MG. Relatora: Denise Arruda. Brasília, 06 dez. 2005. DJe de 01.02.2006.)¹⁰²

No acórdão acima, o STJ colacionou extenso rol de julgados precedentes de modo a demonstrar o seu entendimento já consolidado sobre a matéria. Não há, portanto, dúvidas de que a Corte Superior adota o posicionamento segundo o qual a pessoa jurídica eventualmente prejudicada com o ato de improbidade ocupa o lugar de litisconsórcio facultativo na relação processual da ação.

Interessante mencionar o julgamento do REsp. n.º 984.329, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 28 de outubro de 2008, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao fundamentar a configuração do litisconsórcio facultativo da Fazenda Pública, defendeu que esta pode ocupar na mesma ação o lugar de litisconsórcio passivo e ativo, quando a demanda possuir múltiplos pedidos, situação em que a pessoa jurídica será

¹⁰²No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp n.º 737.972/PR. Ementa: [...]. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 26 de jun. 2006. DJ de 03. 08.2007, p. 330.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. AgRg nos EREsp n.º 329.735/RO. Ementa: [...]. Relator: Castro Meira. Brasília, 10 mar. 2004. DJ 14.6.2004, p. 154.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp n.º 319.009/RO. Ementa: [...]. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 05 set. 2002. DJ de 4.11.2002, p. 180.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp n.º 329.735/RO. Ementa: [...]. Relator: Garcia Vieira. Brasília, 20 set. 2001. DJ de 29.10.2001, p. 187.

condenada a obrigação de fazer (exonerando o agente, por exemplo) e também será beneficiada com o ressarcimento de seus bens e valores.¹⁰³

Verifica-se, portanto, que dos Tribunais ora analisados, apenas o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possui um entendimento diferenciado, eis que os demais já pacificaram o tema no que tange à posição ocupada da relação processual da Fazenda Pública, qual seja, litisconsórcio facultativo.

A interpretação dos diversos julgados do TJDFT revela a preocupação com o respeito à supremacia de um princípio constitucional em face das normas processuais constantes na lei de improbidade administrativa e na lei de ação popular. O interesse público deve ser o objetivo principal a ser alcançado quando se trata do combate aos atos ímprobos atentatórios ao erário e aos princípios da Administração Pública.

A jurisprudência denominou, então, a posição da pessoa jurídica co-legitimada como litisconsorte necessário anômalo, eis que sua obrigatoriedade na relação processual é latente, diante do interesse público ínsito encontrado no objeto da demanda. Verifica-se que nova redação do artigo 17, parágrafo 3º da LIA, alterada pela Lei n.º 9.366/96 abriu uma possibilidade para a Administração Pública se manter alheia ao combate aos atos praticados por influências políticas e ambições particulares que causam tantos transtornos ao pleno funcionamento da máquina pública.

Adotar a ideia de que a Fazenda Pública é litisconsorte necessário na ação de improbidade não significa dizer que ela obrigatoriamente terá que escolher um dos polos da ação para atuar, pois ainda há a possibilidade de se manter inerte no processo. Entretanto, a pessoa jurídica estará na demanda, eis que o interesse público é latente à causa. O diferente entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deve ser melhor analisado para que se busque a motivação última dessa interpretação, uma vez que a questão pode gerar consequências diversas ao processo, como, por exemplo, a sua nulidade por falta de citação da pessoa jurídica.

¹⁰³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp n.º 984.329/MT. Ementa: [...]. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 28 out. 2008. DJe de 09.03.2009.

3.3 O atual posicionamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

O tema ora em estudo foi discutido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no contexto dos conflitos de competências que já foram presenciadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Nesses casos, os juízes da Vara de Fazenda Pública declinaram a competência à vara cível para julgamento da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, por entender que aquela vara não pode estender sua competência nos processos em que a Administração Pública não tenha se manifestado a atuar.

Em análise das posições adotadas do MPDFT, mais precisamente das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público e Social, verificou-se que o entendimento adotado é o de que a competência para julgamento da ação de improbidade é da Fazenda Pública por interpretação emprestada da Lei de Ação Popular. Explique-se: as ações populares são julgadas perante a Fazenda Pública por determinação da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, por possuírem objetos de interesse público. Por sua vez, conforme já amplamente explicitado, a Lei n.º 8.429/92 utiliza regra da Lei n.º 4.717/65, qual seja, o artigo 6º, parágrafo 3º. Desse modo, a interpretação deste dispositivo na ação popular deve ser a mesma quando for emprestada à ação de improbidade administrativa. Não se pode, portanto, empregar duas interpretações diferentes na aplicação de um mesmo artigo da lei.

O interesse público encontrado na ação popular é o mesmo na ação de improbidade, até mesmo porque ambas possuem objetos muito semelhantes. Por isso, a discussão quanto à natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na ação de improbidade administrativa, conforme entendimento do MPDFT, está desvencilhada da definição da competência, a *contrario sensu* do entendimento de alguns juízes das varas de Fazenda Pública, que utilizam o fundamento segundo o qual a pessoa jurídica interessada é litisconsorte necessário na demanda para determinar a competência da Vara de Fazenda Pública.

Com o intuito de apresentar outro aspecto além do eminentemente teórico, de forma a trazer a realidade vivenciada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, foi elaborado um questionário com alguns Promotores de Justiça de Defesa do

Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios,¹⁰⁴ em que se pôde constatar o problema encontrado na interpretação do dispositivo em questão. Pela necessidade de prosseguir com o devido andamento das ações ajuizadas, esses profissionais se adéquam ao sistema jurisprudencial majoritário adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. No entanto, atentos a essa divergência encontrada nas correntes adotadas pelos juízes, não ignoram alguns problemas que envolvem a questão.

Das respostas apresentadas, foram constatados outros aspectos não encontrados até então pela simples análise dos livros doutrinários pesquisados. Um ponto muito interessante apresentado foi a preocupação em estudar essa situação sob o aspecto histórico da Lei n.º 8.429/92. Essa norma há dezoito anos desde a sua edição, ainda enseja grandes discussões. Durante esse tempo, apesar de a lei legitimar o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público para propositura da ação, verifica-se que o *Parquet* assumiu quase que totalmente a autoria desse tipo de demanda. Ou seja, o principal legitimado, que é a própria Administração Pública, não tem ocupado seu papel na forma como deveria. Com isso, o Ministério Público ocupou o seu lugar como autor e não só como “custus legis”.

Portanto, a problemática que gira em torno dessa discussão se inicia na própria inaplicabilidade da lei pela Administração Pública. Ela como principal interessada, e como garantidora da supremacia do interesse público, não utiliza esse instrumento para combater os atos de improbidade. Ademais, a anomalia de estende, eis que além de não propor a ação, a pessoa jurídica não participa efetivamente do processo, mantendo uma posição de neutralidade ou, quando participa, contesta os pedidos do autor, defendendo o ato impugnado pelo Ministério Público.

Do questionário aplicado, chegou-se a conclusão de que a própria Administração não atua nas ações de improbidade como litisconsorte do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, assim como não se tem conhecimento de que ela tenha ajuizado tais tipos de ação. Importante considerar que a lei de improbidade foi criada para responsabilizar os agentes em todos os níveis da Administração. No entanto, os procuradores das Procuradorias do Distrito Federal não possuem autonomia suficiente para propor esses tipos de demanda, uma vez que deverão, em alguns casos, atuar contrariamente aos interesses daqueles que os nomearam.

¹⁰⁴Anexo I

3.4 Os provimentos judiciais nas ações populares

Após a análise detalhada de diversos julgados em ações de improbidade administrativa, convém nesse momento colacionar o entendimento dos julgadores nas decisões proferidas no âmbito das ações populares. Assim, ao estudar os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, foi constatada interpretação diversa do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65 daquela encontrada na aplicação do mesmo dispositivo na ação civil pública de improbidade administrativa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. AÇÃO POPULAR. ATO PRATICADO POR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL. ENTE PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. 1. Doutrina e jurisprudência consideram ser impositiva, em sede de ação popular, a formação de litisconsórcio necessário entre a autoridade que tenha provocado a suposta lesão ao patrimônio público e a pessoa jurídica a que pertence o respectivo órgão. 2. Em se tratando de ação popular ajuizada contra ato do Presidente da Câmara Municipal, imprescindível a citação do Município, porquanto a Edilidade não possui personalidade jurídica e os efeitos da decisão atingirão o Ente Público ao qual pertence a Câmara Municipal. 3. Recurso especial provido. (REsp 1095370/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009. DJe de 03/08/2009)¹⁰⁵

Verifica-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça separa os institutos da ação popular e da ação de improbidade administrativa quanto à obrigatoriedade de citação da pessoa jurídica que tem seu ato impugnado. Em contraposição aos julgados analisados anteriormente, em que o tratamento dispensado era de que se tratava de litisconsórcio facultativo, agora, ao ser interpretado o mesmo dispositivo no campo da ação popular, o entendimento adotado (com precedentes) é firmado em sentido contrário, ou seja, que se refere a litisconsórcio necessário.

No entanto, apesar do mesmo dispositivo (artigo 6º, parágrafo 3º) ser interpretado de duas formas diversas quando da sua aplicação na Lei n.º 8.429/92 e na Lei n.º 4.717/65, ambos os diplomas estão inseridos dentro de um mesmo microssistema de tutela

¹⁰⁵Precedentes: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp n.º 258.122/PR. Ementa: [...]. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 22 fev. 2007. DJ de 05.06.2007, p. 302.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma REsp. n.º. 639.946/RS. Ementa: [...]. Relator: Teori Albino Zavascki. Brasília, 03 mai. 2007. DJ de 28.05.2007, p. 287. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp n.º 266219/RJ. Ementa: [...]. Relator: Luiz Fux. Brasília, 16 mar. 2006. DJ de 03.04.2006, p. 226. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp n.º 125.841/MG. Ementa: [...]. Relator: Demócrito Reinaldo. Brasília, 01 set. 97. DJ de 29.09.97 p. 48133. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp n.º 29.746/MG. Ementa: [...]. Relator: Francisco Peçanha Martins. Brasília, 15 mai 95. DJ de 19.06.95, p. 18681.

coletiva. Desse modo, tal tratamento dispensado opera no sentido contrário ao alcance de uma uniformidade na condução do processo coletivo e na proteção do interesse público. Tal realidade torna-se estranha, eis que a lei de improbidade administrativa reclama a aplicação do mesmo dispositivo da lei de ação popular.

Desse modo, importante ressaltar a natureza diferenciada desses tipos de ação coletiva e sua sistematização em um direito processual coletivo que se revela especial em relação ao direito processual individual, encontrado do Código de Processo Civil. Assim, os conceitos de litisconsórcio facultativo e necessário que vêm sendo aplicados nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, reclamam maior cuidado em sua aplicação no âmbito desses tipos de demanda, a fim de que não permaneçam situações semelhantes a esta, na qual o mesmo dispositivo apresenta duas interpretações distintas, quando, na verdade, deveria ser entendido de maneira uniforme, eis que está contido no mesmo microsistema de tutela coletiva.¹⁰⁶

Lembre-se que o Ministério Público do Distrito Federal já enfrentou essa questão quando do julgamento de ação de improbidade em que a competência foi declinada à vara cível. Na ocasião, o *Parquet* reclamou pela interpretação uniforme do referido dispositivo a fim de que a competência fosse mantida na vara de Fazenda Pública. Entretanto, a discussão aqui refletida estava fundamentada na aplicação à ação de improbidade da lei de organização judiciária no que pertine à ação popular, eis que ambas as demandas possuem objetos semelhantes.

Nesse caso, a problemática consubstancia-se na interpretação diversa do mesmo regramento, ressaltando que há determinação legal expressa de sua aplicação, como está disposto no artigo 17, parágrafo 3º da Lei n.º 8.429/92, que manda aplicar, no que couber, o artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65.

Importante rememorar os ensinamentos de Mazzei colacionados acima para que se compreenda a peculiaridade da presente situação. Os institutos criados para atender direitos individuais não podem ser aplicados sem ressalvas e adaptações às demandas de

¹⁰⁶MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez. 2008. p.235.

natureza coletiva, vez que estas tutelam direitos diversos dos particulares e possuem características diferentes justamente para atender suas finalidades.

3.5 Microssistema da tutela coletiva

Com a evolução da sociedade há necessariamente o acompanhamento do progresso da ciência jurídica. Nesse aspecto, surge o conceito de sociedade de massa, em que o indivíduo é visto como parte de uma sociedade na qual seus interesses são semelhantes aos de outras pessoas. Essa nova arquitetura do direito passou a reclamar tratamento diferenciado em comparação às relações individuais. Nesse mesmo campo, os direitos materiais conferidos aos indivíduos passaram a sofrer limitações, em garantia de um bem maior, a fim de se evitar prejuízo social. Assim, o individualismo do século XIX trazido pelo liberalismo passou a sofrer intervenções, passando ao Estado Social, que redunda no Estado Democrático de Direito.¹⁰⁷

Desse modo, pela inaplicabilidade completa dos códigos que regulavam as tutelas individuais, foram editadas novas leis especiais voltadas aos direitos de grupos e classes, surgindo, assim o chamado microssistema da tutela coletiva, com regras e princípios próprios.¹⁰⁸ Entre essas normas, destacam-se o Código de Defesa do Consumidor (artigos 90 e 117) e a Lei n.º 7.347/85, sem desmerecimento das outras leis que se apresentam como fonte para esse microssistema, para efetivação da tutela de massa.

Como exemplo dessa conexão entre diversos diplomas, encontra-se o tratamento diferenciado quanto ao litisconsórcio empregado na Lei n.º 4.717/65, que não se compatibiliza com o instituto encontrado no Código de Processo Civil, conforme já estudado. Nesse aspecto, não havendo previsão de determinada questão em norma contida nesse microssistema de tutela coletiva, deve-se buscar a resposta em outros diplomas que também estão inseridos no microssistema de massa, aplicando o Código de Processo Civil apenas residualmente, quando não houver norma que possa ser aplicada. Em relação ao litisconsórcio empregado no artigo 6º, parágrafo 3º da lei de ação popular, as regras contidas nesse diploma

¹⁰⁷ MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 375.

¹⁰⁸ MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 379.

contribuem para a formação do microsistema, já que as fontes maiores de tutela coletiva (Código de Defesa do Consumidor e Lei de ação civil pública) não tratam de forma expressa o assunto.¹⁰⁹

3.6 A mudança de polo no curso do processo: retratabilidade

Outra discussão importante que envolve o tema se refere à fixação do momento em que a pessoa jurídica, após ser citada, exercerá sua escolha conforme a lei lhe possibilita. Rodrigo Mazzei, em mesmo estudo acima referido, defende que a pessoa jurídica pode a qualquer momento se retratar de sua escolha realizada no início da demanda, eis que não há que se falar em preclusão,¹¹⁰ uma vez que, por força do artigo 22 da lei de ação popular, as regras de direito processual civil não seriam aplicáveis nesse caso, sendo que estas somente podem ser aplicadas quando compatíveis com a essência e natureza da ação popular, mormente pela tutela do interesse público.¹¹¹ Outro argumento utilizado pelo autor refere-se à possibilidade da Administração Pública rever seus atos, nos termos das Súmulas n.º 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.¹¹²

No mesmo sentido encontra-se Alexander dos Santos Macedo, ressaltando que o interesse público é a *ratio* para que a pessoa jurídica possa ter essa característica de mobilidade na relação processual, o que demonstra a especificidade da ação coletiva em relação às demandas de natureza individual. Ainda argumenta sobre a inaplicabilidade do princípio da estabilidade do processo às ações coletivas, devido a excepcionalidade de alguns institutos processuais, dentre eles, a estabilidade subjetiva do processo.¹¹³

Desse modo, a possibilidade da pessoa jurídica mudar de polo no curso do processo se compatibiliza com a ideia já demonstrada anteriormente quanto à aplicação

¹⁰⁹MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 391.

¹¹⁰Em sentido contrário o autor cita que somente Arnoldo Wald (WALD, Arnoldo “Ação Popular para anulação de contrato, RT, n. 521, p. 58.), discorreu diretamente sobre o assunto.

¹¹¹MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400, nov./dez., 2008. p.247.

¹¹²Súmula n.º 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Súmula n.º 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

¹¹³MACEDO, Alexander dos Santos. Da ação popular. Retrababilidade da posição assumida pela pessoa jurídica no processo. Possibilidade. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 90, n.º 328, out./dez. 1994, p. 3-7.

residual do Código de Processo Civil. Portanto, não se pode permitir que nesse caso as regras de direito individual sejam aplicadas, eis que iriam obstar o próprio objetivo da lei de ação popular. Mas cumpre ressaltar que essa decisão deve ser pautada no interesse público que fundamente a sua retratabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no mesmo sentido, em que a Relatora, Ministra Eliana Calmon votou pela possibilidade do Estado do Mato Grosso do Sul assumir o polo ativo da ação popular após a desistência do autor. Nesse caso, a justificativa encontrou-se na verificação pela Administração Pública da existência da ilegalidade do ato, ou seja, a retratabilidade restou baseada na proteção do interesse público, consubstanciada no prosseguimento da demanda, uma vez que o processo seria extinto, eis que não surgiu outro interessado a assumir a legitimidade ativa da ação popular.¹¹⁴

3.7 Efeitos

Realizadas as considerações acima, importante expor nesse momento algumas consequências relacionadas com este estudo, que possivelmente podem ocorrer no âmbito das ações de improbidade, conforme o entendimento adotado quanto à natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na ação civil pública de improbidade administrativa.

¹¹⁴PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR - LEGITIMIDADE - DESISTÊNCIA DA AÇÃO -PÓLO ATIVO ASSUMIDO POR ENTE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ.1.Qualquer cidadão está legitimado para propor ação popular, nos termos e para os fins do art. 1º da Lei 4.717/65.2. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (art. 6º, parágrafo 3º da Lei 4.717/65.3. Filio-me à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando esta, tendo atuado no feito no pólo passivo, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória (art. 17). 4. Tendo sido homologado (indevidamente) o pedido de desistência da ação pelo autor popular, cumpridas os preceitos do art. 9º da Lei 4.717/65, não tendo assumido a demanda o Ministério Público ou outro popular, inexistente óbice em que o ente público assumo o pólo passivo da demanda, em nome do interesse público. Interpretação sistemática da Lei 4.717/65. 5. Manutenção do decism que aplicou a Súmula 7/STJ, diante da necessidade de reavaliação do contexto fático-probatório.6. Agravo regimental improvido.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp n.º 439854/MS. Relatora: Eliana Calmon.Brasília, 08 abr. 2003. DJ de 18.08.2003, p. 194.)

3.7.1 Imprescindibilidade da citação da pessoa jurídica interessada

Constatada a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema, resta esclarecer um ponto crucial para a validade da ação de improbidade: a obrigatoriedade de citação da Administração Pública, sob pena de ser declarada a nulidade do processo.

Conforme largamente demonstrado acima, aqueles que defendem a existência de litisconsórcio facultativo descartam essa possibilidade, uma vez que, pelo fato de sua intervenção não ser obrigatória, a falta de citação da pessoa jurídica não acarretaria a nulidade do processo. Nesse sentido seguem os Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, bem como o Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, para aqueles que defendem ser litisconsórcio necessário, torna-se imprescindível a devida regularização da Administração Pública na relação processual para que ela possa exercer seu direito de escolha, conforme lhe possibilita o artigo 6º, parágrafo 3º da lei de ação popular. No entanto, dada a peculiaridade que o estudo requer, convém traçar algumas considerações sobre o conceito de citação contido no Código de Processo Civil para a devida adequação de sua aplicação no artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei n.º 4.717/65.

Concluiu-se que os institutos de litisconsórcio facultativo e necessário não são completamente absorvidos pelas características que o dispositivo acima apresenta, eis que ele está inserido em um microsistema de direito coletivo diverso daquele encontrado nas normas de processo civil tradicional. Desse modo, apesar de não ser uma típica situação de litisconsórcio necessário, a convocação da pessoa jurídica é obrigatória, mesmo que seja para optar pela neutralidade.¹¹⁵

Assim, a pessoa jurídica é inicialmente colocada no polo passivo, permanecendo nessa posição caso tenha interesse em contestar. No entanto, poderá se deslocar para o polo ativo da demanda, conforme a demonstração do interesse público, além da faculdade de adotar uma posição de inércia, caso não conteste os pedidos do Ministério Público. Desse modo, haverá a formação de litisconsórcio ativo ou passivo, conforme a

¹¹⁵MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez. 2008. p. 245.

posição escolhida (que não se confunde com litisconsórcio facultativo e necessário, tratando-se de outra classificação), ou não haverá litisconsórcio no caso da adoção da posição de neutralidade.¹¹⁶

Nesse sentido, a citação nesse caso é entendida por Mazzei como convocação obrigatória da Administração Pública para que, fundamentada no interesse público, venha optar pela melhor posição.

O artigo 213 do Código de Processo Civil define a citação como “o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. Barros Teixeira conceitua como o ato pelo qual comunica o réu e os interessados do ajuizamento da demanda, de modo a regularizar a relação jurídica processual.¹¹⁷ Desse modo, esse conceito apresentado para o direito individualista não se adéqua à necessidade do artigo 6º, parágrafo 3º da lei de ação popular. Por isso da expressão “convocação obrigatória”, para que a Administração Pública possa exercer seu direito de escolha na relação jurídica processual da ação de improbidade, sem que isso se traduza na formação de litisconsórcio necessário, diante das diversas posturas que a pessoa jurídica pode adotar. Tal solução demonstra a necessidade de adaptação das normas voltadas às demandas individuais para a aplicação nas ações que visam tutelar direitos difusos e coletivos, sob pena de reduzir ou até mesmo dificultar a efetividade das mesmas.

3.7.2 Declinação de competência

Outra questão importante trata-se da declinação de competência para julgar a ação civil por ato de improbidade administrativa. Conforme foi verificado, não há divergência sobre o assunto nos tribunais acima estudados, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, com exceção do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Com efeito, em análise das situações nas quais houve a declinação da competência da vara de Fazenda Pública para a Vara Cível, verificou que as decisões em que foi concluída pela competência da vara de Fazenda Pública, foram baseadas na defesa da

¹¹⁶MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.104, n. 400. nov./dez., 2008. p. 246.

¹¹⁷TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A citação nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, v.10, n. 35, jan./mar. 2005. p. 114.

existência do litisconsórcio necessário. No entanto, em alguns julgados, o problema da incompatibilidade entre esse instituto e o previsto no Código de Processo Civil não foi enfrentado de maneira profunda. Ademais, constatou-se que não se tratava de um litisconsórcio puro, mas que também não o descaracterizou completamente, eis que o artigo 17, parágrafo 3º da Lei n.º 8.429/92 determina a obrigatoriedade da presença da pessoa jurídica.¹¹⁸ Desse modo, firmou-se a competência dessa vara em decorrência da interpretação da lei de organização judiciária do Distrito Federal, em seu artigo 26, inciso I.

De fato, a solução encontrada pelos magistrados nas decisões em referência atingiu sua finalidade, qual seja, manter a competência das varas de Fazenda Pública para julgamento das ações de improbidade.¹¹⁹ No entanto, os acórdãos não enfrentam a questão da divergência da interpretação do dispositivo (artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei n.º 4.717/65), quando aplicada no âmbito da ação popular e da ação civil por ato de improbidade administrativa. De qualquer forma, esses julgadores visualizam a problemática da questão e garantiram uma interpretação homogênea para os casos que passaram ao seu crivo.

De outro modo, atualmente ainda permanecem ações de improbidade tramitando em varas cíveis do Distrito Federal podendo gerar diversos prejuízos ao adequado andamento dos processos. Explique-se. Conforme acima demonstrado, uma das características

¹¹⁸TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. AGI n.º 20000020019006. Ementa: [...]. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 08 out. 2001. DJ de 20.03.2002, p. 53.; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. APC n.º 19990110350138. Ementa: [...]. Relator George Lopes Leite. Brasília, 19 nov. 2001. DJ de 26.06.2002, p. 35.; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. AGI n.º 20070020119687. Ementa: [...]. Relator: Mario Zam Belmiro. Brasília, 20 fev. 2008. DJ de 10.03.2008, p. 79.; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. AGI n.º 20080020025263. Ementa: [...]. Relator: João Batista Teixeira. Brasília, 04 jun. 2008. DJ de 09.06.2008, p. 166. e TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 4ª Turma Cível. AGI n.º 20070020106853. Ementa: [...]. Relator: Sérgio Bittencourt. Brasília, 10 dez.2008. DJ de 09.03.2009, p. 71.

¹¹⁹A título ilustrativo, segue trecho do voto Revisor, Senhor Desembargador Arnaldo Camanho De Assis (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível APC n.º 19990110350138. Ementa: [...]. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 19 nov. 2001. DJ de 26.06.2002, p. 35): À base dessas premissas, diga-se que o fato de o Distrito Federal ter deixado de comparecer ao feito não faz incompetente o juízo fazendário. A uma, porque por força de expressa disposição legal, subjaz o interesse do ente federado no deslinde da controvérsia — circunstância que deflui até mesmo do fato de o Distrito Federal ter deixado de requerer expressamente a sua exclusão da relação processual. A duas, porque, sendo litisconsorte necessário — para aderir à pretensão do autor, para opor-se a ela ou para, por razões de ordem vária, simplesmente abster-se de atuar no feito —, o Distrito Federal é parte, já que nele repercutem diretamente os efeitos da sentença. E como parte, o mesmo expõe-se à competência da Vara da Fazenda Pública, que mantém sua competência ainda que o Distrito Federal, por opção, tenha deixado de atuar no feito. Por isso, há de se proclamar a validade do ato de chamamento do Distrito Federal a juízo e, como consequência, a validade do julgado, já que absolutamente competente o douto juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública local.

que a Administração Pública possui nesse tipo de demanda é a mobilidade na relação processual, com possibilidade de retratação, devidamente fundamentada no interesse público. Assim, os acórdãos que declinaram a competência da vara de Fazenda Pública para vara cível, estavam baseados simplesmente na ausência de participação da pessoa jurídica como parte, devido à sua opção inicial de se manter inerte.

Ocorre que há a possibilidade da Administração Pública, no decorrer do processo se retratar e escolher ficar ao lado do Ministério Público (quando, por exemplo, após a fase probatória, constata a ilegalidade do ato impugnado), ou debandar para o polo passivo (quando verifica a legalidade do ato, sendo que sua impugnação pode causar prejuízos ao órgão). Nesse caso, surge um questionamento quanto a tal hipótese, eis que o Distrito Federal estará presente como parte (acompanhando o entendimento firmado pelos julgadores, quando da remessa dos autos à vara cível) e, assim, tornando competência a vara de Fazenda Pública. De fato, realizando uma interpretação literal do artigo 26, inciso I da lei de organização judiciária do Distrito Federal, o correto seria remeter os autos a uma das varas de Fazenda Pública. No entanto, verifica-se uma esdrúxula situação, em que a declinação de competência restará vulnerável, conforme o posicionamento adotado pela Administração Pública na ação de improbidade.

Nos termos da doutrina de direito processual civil, a competência das varas de Fazenda Pública, nos termos das respectivas leis de organização judiciária dos Estados é espécie de competência funcional, sendo, portando absoluta.¹²⁰ Isso significa que é vedada sua prorrogação e derrogação por vontade das partes, conforme preceitua o artigo 111, caput do Código de Processo Civil. O juiz pode arguir de ofício a incompetência absoluta, podendo as partes e os intervenientes requerer seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição¹²¹

A regra estabelecida no artigo 87 do Código de Processo Civil determina que a competência seja fixada no momento da propositura da ação, sendo “irrelevantes as modificações de fato e de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”. Tal norma institui a *perpetuatio iurisdictionis*, a regra da perpetuação da competência, que possui o

¹²⁰NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 359.

¹²¹NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 383.

propósito de proteger as partes quanto à mudança de competência, após a ocorrência de fatos supervenientes. No entanto, essa regra somente é aplicável nos casos de competência relativa, não podendo ser aplicada quando se tratar de competência absoluta.¹²²

Desse modo, subtede-se que há a possibilidade de ocorrer a declinação de competência no curso do processo, ocasionando empecilhos ao adequado prosseguimento da ação. Imaginem-se problemas com a própria segurança jurídica das partes, ou pela prejudicialidade à celeridade do processo. Da mesma forma, não é interessante que o mesmo tipo de demanda seja julgado em espécies de varas distintas, eis que não contribui para um atendimento homogêneo das matérias suscitadas, mormente nesse caso, em que se trata de ação de natureza difusa, na qual se preconiza o interesse público.

A questão torna-se mais problemática uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não tem enfrentado diretamente essa questão, ao interpretar o mesmo dispositivo de duas formas diferentes, considerando que a ação popular e a ação de improbidade, ajuizada no rito da ação civil pública, são integrantes do mesmo microsistema de processo coletivo, não podendo, portanto, receber tratamentos diferenciados do mesmo dispositivo legal.

Desse modo, a questão clama por uma maior atenção a fim de que a matéria se torne pacificada, dirimindo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente no âmbito dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

¹²²NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 338.

CONCLUSÃO

Frente às divergências doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem a discussão sobre a natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na ação de improbidade, verificou-se a necessidade de realizar uma interpretação compatível com o microsistema de tutela coletiva, no qual a lei de improbidade administrativa e ação popular estão inseridas.

Assim, foi constatado que as duas principais correntes sobre o tema, a que entende ser litisconsórcio facultativo e a outra que defende a existência de litisconsórcio necessário, aplicam os conceitos conforme são apresentados pelo Código de Processo Civil. Desse modo, as definições das espécies do instituto do litisconsórcio são deficientes quando aplicadas nos processos da ação de improbidade e ação popular, pela natureza desses tipos de demanda.

Portanto, verificou-se que o litisconsórcio facultativo possui características incompatíveis com o modo em que a Administração Pública intervém na relação processual. A principal diferença reflete na obrigatoriedade de citação da pessoa jurídica de direito público para optar em que polo atuará. Como foi demonstrado, nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, bem como no Superior Tribunal de Justiça, a adoção da interpretação a favor do litisconsórcio facultativo, gera, por consequência, a noção de que a ausência da citação (leia-se: notificação) da Administração Pública para compor a relação processual não causaria a nulidade do processo. No entanto, conforme constatado, ela deve obrigatoriamente ser cientificada da existência da ação para que possa exercer seu direito de escolha que o artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei n.º 4.717/65 lhe proporciona.

Por outro lado, o entendimento de que se trata de litisconsórcio necessário, apesar de estar mais próximo do ideal, não pode ser aplicado em sua forma pura, eis que sua participação pode ser definida em três possíveis opções: se abster de contestar o pedido, atuar ao lado do autor ou defender o ato impugnado. De outro modo, apesar de sua participação ser obrigatória, não há compatibilidade com a definição de litisconsórcio necessário originário do direito individual.

Verificou-se também que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado entendimentos diferentes quanto a interpretação do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65, quando da sua aplicação da ação de improbidade ou na própria ação popular, sendo que no primeiro tipo de demanda interpreta o dispositivo como litisconsórcio facultativo e na segunda demanda, entende ser litisconsórcio necessário. Tal divergência na interpretação de uma mesma regra não contribui para a uniformização das normas que constituem o microsistema de tutela coletiva, além de possibilitarem a ocorrência de alguns obstáculos processuais.

Adotar o entendimento uniforme quanto à obrigatoriedade da intervenção da Administração Pública (interpretação atualmente adotada pelo STJ na ação popular) na ação de improbidade, sana qualquer dúvida quanto à imprescindibilidade de sua citação e garantirá a fixação de competência em mesma espécie de vara (vara de Fazenda Pública), nos termos da lei de organização judiciária do Distrito Federal, não por uma adequação da norma segundo a qual firma a competência para julgamento da ação popular, mas devido a participação obrigatória da pessoa jurídica de direito público, seja em qual forma for (inerte, ao lado do autor ou defendendo o ato impugnado).

Ademais, foi constatado que dos tribunais ora estudados, somente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios enfrenta, mesmo que sob outro aspecto, essa questão, ao definir que a Fazenda Pública é litisconsorte necessário anômalo do Ministério Público, apesar de tal entendimento ter sido abordado apenas em sede de discussão quanto à declinação de competência.

Mais do que problemas processuais que possivelmente podem atingir a ação de improbidade, tais como os acima citados, não excluindo outros que não foram abordados nesse trabalho, verificou-se que nos dezoito anos de existência da Lei n.º 8.429/92, a Administração Pública pouco fez para combater os atos de improbidade. Ela, como legitimada a propor esse tipo de demanda, não exerceu o seu papel na defesa do interesse público, tendo esse mesmo papel sido exercido pelo Ministério Público, de forma a tutelar o patrimônio público e os princípios da Administração Pública.

Atualmente e principalmente no cenário principal no qual essa monografia se voltou – Distrito Federal – a lei de improbidade administrativa tem se tornado cada vez

mais reclamada, na busca de responsabilização agentes públicos e terceiros pela prática dos frequentes atos de improbidade. Por isso, é importante estudar mais profundamente os problemas que envolvem essa ação, a fim de poder solucioná-los e, por consequência, garantir a maior eficácia possível, de forma a atingir o ideal de uma Administração voltada ao interesse público.

REFERÊNCIAS

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa*. 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BEZERRA FILHO, Aluízio. *Lei de improbidade administrativa aplicada e comentada*. Curitiba: Juruá, 2006.
- COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2. ed. Revista e ampliada. Brasília: Jurídica, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol. 1. 12. ed. Bahia: JusPodivm, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ, Sérgio. *Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa*. In: *Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular*. Aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. *Revista Processo*, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 46-75, jun. 2007.

MACEDO, Alexander dos Santos. Da ação popular. Retratabilidade da posição assumida pela pessoa jurídica no processo. Possibilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 328, p. 3-7, out./dez. 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. O direito dos administrados dentro da lei n.º 8.429/92. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MAZZEI, Rodrigo R. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 104, n. 400, p. 228-254, nov./dez. 2008.

_____. *Ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. In: Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: PODIVM, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEIVA, José Antônio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. Legislação comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SPITZCOVSKI, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A citação nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, v. 10, n. 35, p. 110-119, jan./mar. 2005

ANEXO I

Questionário aplicado aos Promotores de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.



FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E CIÊNCIAS E
SOCIAIS - DIREITO

Pesquisa de opinião no âmbito das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para complemento da pesquisa da Monografia: **ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: FAZENDA PÚBLICA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.**

Exmo. Promotor de Justiça, **Albertino Pereira Neto,**

O presente trabalho tem como objeto procurar a definição da natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na relação processual da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, cujo artigo 17, parágrafo 3º da Lei n.º 8.429/92, remetendo a regra do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65, possibilita à pessoa jurídica interessada integrar a lide ao lado do autor, se abster de contestar o pedido ou manter-se inerte. Em análise de diversos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se pacificado o entendimento segundo o qual a Fazenda Pública ocupa uma posição de litisconsórcio facultativo na ação, podendo ainda ser ativo ou passivo, conforme seu interesse na causa. No entanto, em estudo realizado nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, apesar de ser encontrado posicionamento no mesmo sentido, verificou-se que o entendimento majoritário era no sentido de que a Administração Pública seria uma espécie de litisconsorte necessário anômalo, devido ao interesse público latente à causa, impossibilitando o seu afastamento da lide.

Nesse contexto, as perguntas que se seguem têm o objetivo de contribuir para a compreensão dessa questão, de forma a encontrar o posicionamento atual do MPDFT, por meio da PRODEP, que possui papel fundamental no combate aos atos de improbidade praticados no Distrito Federal.

1. Qual o seu entendimento nessa questão quanto ao posicionamento da Fazenda Pública na relação processual na ação de improbidade administrativa?

Como Promotor de Justiça, segue jurisprudência majoritária do TJDFT, mas entende ser um exagero haver dois órgãos públicos na defesa do interesse público. Há uma sobreposição de agentes quando a Fazenda Pública atua em litisconsórcio facultativo ao lado do MP.

2. Adotar o entendimento a favor do litisconsórcio necessário possibilita uma maior efetivação no combate aos atos de improbidade administrativa?

Aparentemente possibilitaria, mas na prática não, pois o Ministério Público tem acesso a todas as informações, podendo diligenciar as necessárias medidas a fim de instruir a investigação.

3. A nova redação do parágrafo 3º do artigo 17 da Lei n.º 8.429/92 pode ter possibilitado uma interpretação em desfavor da supremacia do interesse público ínsito na ação, já que a redação anterior era expressa quanto ao litisconsórcio necessário?

A ação funciona melhor com a nova redação, ou seja, com o entendimento de que se trata de litisconsórcio facultativo, pelas razões acima apresentadas, eis que a demanda tramita sem deficiência, eis que não há prejuízo no acesso a informações e documentos. Outra consideração sobre a mobilidade no curso do processo é a consideração de que a Administração atuaria como custos legis.

4. Qual o posicionamento predominante escolhido pela Administração Pública nas ações propostas pelo MPDFT?

Em todas as ações no âmbito de sua Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social, a Fazenda Pública opta pela inércia.



Pesquisa de opinião no âmbito das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para complemento da pesquisa da Monografia: **ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: FAZENDA PÚBLICA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.**

Exmo. Promotor de Justiça, **Eduardo Gazzinelli Veloso,**

O presente trabalho tem como objeto procurar a definição da natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na relação processual da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, cujo artigo 17, parágrafo 3º da Lei n.º 8.429/92, remetendo a regra do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65, possibilita à pessoa jurídica interessada integrar a lide ao lado do autor, se abster de contestar o pedido ou manter-se inerte. Em análise de diversos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se pacificado o entendimento segundo o qual a Fazenda Pública ocupa uma posição de litisconsórcio facultativo na ação, podendo ainda ser ativo ou passivo, conforme seu interesse na causa. No entanto, em estudo realizado nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, apesar de ser encontrado posicionamento no mesmo sentido, verificou-se que o entendimento majoritário era no sentido de que a Administração Pública seria uma espécie de litisconsorte necessário anômalo, devido ao interesse público latente à causa, impossibilitando o seu afastamento da lide.

Nesse contexto, as perguntas que se seguem têm o objetivo de contribuir para a compreensão dessa questão, de forma a encontrar o posicionamento atual do MPDFT, por meio da PRODEP, que possui papel fundamental no combate aos atos de improbidade praticados no Distrito Federal.

1. Qual o seu entendimento nessa questão quanto ao posicionamento da Fazenda Pública na relação processual na ação de improbidade administrativa?

O objeto de toda ação de improbidade diz respeito a interesse público ínsito, eis que a Administração Pública, é, em tese, “vítima” do ato de improbidade administrativa. Em função disso, a ação proposta pelo Ministério Público exige a presença da pessoa jurídica de direito público na relação processual, ainda que apenas para acompanhar.

2. Adotar o entendimento a favor do litisconsórcio necessário possibilita uma maior efetivação no combate aos atos de improbidade administrativa?

Na realidade do Distrito Federal, em razão da competência definida pela Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, o entendimento a favor do litisconsórcio necessário garante maior efetividade, porque consolida a competência nas varas de Fazenda

Pública, evitando a alteração de foro (Vara de Fazenda Pública versus Vara Cível) por interesse potestativo e mutável da pessoa jurídica de direito público.

3.A nova redação do parágrafo 3º do artigo 17 da Lei n.º 8.429/92 pode ter possibilitado uma interpretação em desfavor da supremacia do interesse público ínsito na ação, já que a redação anterior era expressa quanto ao litisconsórcio necessário?

Não possibilitou, porque a supremacia do interesse público é garantida pela presença do Ministério Público como autor, que assumiu a exclusividades da propositura desse tipo de ação.

4.Qual o posicionamento predominante escolhido pela Administração Pública nas ações propostas pelo MPDFT?

Em algumas ações houve a atuação ao lado da tese do réu, em outras ela permaneceu no processo, mas na condição de neutralidade, validando o reconhecimento do interesse ínsito na ação.



Pesquisa de opinião no âmbito das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para complemento da pesquisa da Monografia: **ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: FAZENDA PÚBLICA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.**

Exmo. Promotor de Justiça, **Ivaldo Lemos Júnior,**

O presente trabalho tem como objeto procurar a definição da natureza jurídica da posição ocupada pela Administração Pública na relação processual da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, cujo artigo 17, parágrafo 3º da Lei n.º 8.429/92, remetendo a regra do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei n.º 4.717/65, possibilita à pessoa jurídica interessada integrar a lide ao lado do autor, se abster de contestar o pedido ou manter-se inerte. Em análise de diversos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se pacificado o entendimento segundo o qual a Fazenda Pública ocupa uma posição de litisconsórcio facultativo na ação, podendo ainda ser ativo ou passivo, conforme seu interesse na causa. No entanto, em estudo realizado nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, apesar de ser encontrado posicionamento no mesmo sentido, verificou-se que o entendimento majoritário era no sentido de que a Administração Pública seria uma espécie de litisconsorte necessário anômalo, devido ao interesse público latente à causa, impossibilitando o seu afastamento da lide.

Nesse contexto, as perguntas que se seguem têm o objetivo de contribuir para a compreensão dessa questão, de forma a encontrar o posicionamento atual do MPDFT, por meio da PRODEP, que possui papel fundamental no combate aos atos de improbidade praticados no Distrito Federal.

Observação: trechos retirados da gravação realizada na ocasião da aplicação do questionário.

1. Qual o seu entendimento nessa questão quanto ao posicionamento da Fazenda Pública na relação processual na ação de improbidade administrativa?

A interpretação que eu acho a mais adequada, é claro que esse eu “acho” tem limite, uma coisa é fazer um trabalho acadêmico, na academia, na faculdade. Na graduação há uma liberdade para se soltar um pouco, na academia é válido. Não há essa liberdade quando está no meio forense. Não se pode ignorar a jurisprudência, o entendimento dos tribunais. No meu entendimento pessoal, não como promotor, é que nessas horas, a Administração tem duas possibilidades, porque ela exerce seu poder de discricionariedade dentro das opções que a lei dá e a lei dá duas opções, ou ela se abstém ou atua ao lado do autor, porque numa ação de improbidade, o Ministério Público ajuíza a ação dizendo que a Administração foi vítima do ato de improbidade. Então ela é colocada nesse papel de vítima, por uma questão lógica, por isso é incompatível se defender.

Vamos fazer uma leitura da lei de improbidade sob uma perspectiva histórica. É uma lei de dezoito anos já, ou seja, não é uma novidade. O que o maior legitimado para propor a ação de improbidade, que é a Administração, tem feito em termos de ajuizamento na justiça? Nada, só o Ministério Público. Veja, se você tivesse mil ações de improbidades, dessas mil, a Administração ajuizou setecentas e o Ministério Público trezentas. Parece-me que a gente achou um ponto de equilíbrio da vivência da lei, do sentido dela, da sua finalidade, mas não é isso. A Administração naturalmente já se engaja numa posição de neutralidade. É mais cômodo e muito mais arriscado para ela, porque se a Administração entrar com ação de improbidade ela vai ter que entrar em todos os escalões, inclusive contra o governador, secretário. Porque é muito fácil você pegar um funcionário pequeno, é até covarde. A lei de improbidade não veio pegar o funcionário que roubou o telefone da repartição. Ela veio pra pegar todos os andares. E as procuradorias dos Estados não vão fazer isso, porque o chefe dos procuradores, quem os indica é o próprio governador. Quer dizer, o próprio sujeito que vai ser processado. Então isso não se tornou realidade. E aqui no DF, não foi por falta de interesse dos procuradores. Mas eles não têm autonomia, a que um promotor tem, que não precisa consultar ninguém. Mas lá eles precisam. Então existe já um mecanismo que filtra essa atividade por parte da Administração.

Então o meu entendimento pessoal é esse, embora existam essas situações rigorosamente anômalas. Por exemplo, o Ministério Público atuando na ação de improbidade, imputando lesão ao erário ou que princípios constitucionais foram feridos, de um ente público que tem personalidade jurídica própria, ou seja, tem capacidade jurídica pra se defender, o Promotor não é assistente jurídico do ente, as entidades possuem um corpo de assistentes jurídicos que são pagos pra isso, são concursados inclusive. De repente aparece um promotor alegando tudo isso, protegendo um órgão que não quer ser protegido como diz que não tem nada pra proteger. Dizendo numa peça com uma natureza, com todos os aspectos de uma contestação, dizendo que o que o promotor está dizendo é errado, que o ato foi “ok”, que não teve ilicitude nenhuma. Olha que situação mais esdrúxula. E isso acontece. E com frequência. Por isso que quando o parecer jurídico é contrário e o ato é praticado do mesmo jeito, o promotor supervaloriza isso. A própria procuradoria não aceitou isso. Ai você faz uma parceria invisível com os advogados de lá, aí a coisa cresce, mas não, às vezes o parecer jurídico foi favorável. E o promotor defender o erário, o patrimônio numa situação como essa, é esdrúxula. Se você pergunta assim, como resolver isso? É mal resolvido. Essas questões ficam mal resolvidas, esperando uma jurisprudência para dar uma solução.

2. Adotar o entendimento a favor do litisconsórcio necessário possibilita uma maior efetivação no combate aos atos de improbidade administrativa?

Há sempre o interesse público. Isso eu não tenho dúvida. Vamos fazer uma comparação. Vamos supor que entrem na sua casa e roubem bens, aí você é chamado na delegacia, ou na justiça, e fala assim: “não quero mais ouvir falar dessa história”. A pergunta é: você é indiferente a isso? Vamos supor que o Ministério Público tenha ajuizado uma ação por furto, que é pública, então a vontade da vítima não é relevante juridicamente, mas a pergunta é: ainda assim você é totalmente indiferente a isso? É claro que não, porque foram os seus bens. Por mais que processualmente falando você adote uma determinada postura, por uma questão estratégica, isso não significa que não haja interesse seu na causa. Claro que há. É em razão do seu patrimônio que foi ajuizada toda uma ação penal que se movimenta. Quando você entra com uma improbidade e a Administração adota uma posição de neutralidade, isso é uma questão processual, materialmente falando ela nunca vai deixar de ter interesse numa causa como essa. A lei fala em deixar de contestar, numa manifestação bem

simples. Mas quando é assim é menos mal. O que existe de mais anômalo, de tudo que a gente está conversando, é que o Ministério Público assumiu ao longo desses anos de experiência da lei de improbidade, um papel que era primordialmente da Administração. Eram eles que deviam estar ajuizando boa parte das ações de improbidade que a gente faz, mas eles não fazem. E para isso a gente faz um artifício às vezes questionável de que interesse da Administração corresponde necessariamente a interesse público. Nem sempre o que a Administração quer é sinônimo de interesse público. De forma alguma. Pelo contrário, a Administração Pública só pode entrar na vida dos indivíduos quando isso for perfeitamente tolerável, juridicamente conhecido, com mecanismos certos e etc. Se for assim, sim. Aí pode ser utilizado aquele brocardo de que o interesse público prevalece sobre o particular. Porque se você levar esse apotegma até as últimas conseqüências, você vai justificar os regimes mais totalitários do mundo.

Nós temos dois legitimados um ao lado do outro. É essa anomalia que causa outras anomalias em desdobramento, a partir disso o quadro começa a ficar um pouco confuso. Mas eu acho que a distorção primeira da qual começam as outras é essa. A lógica que me diz que deveria acontecer o contrário. Era a Administração entrando com a improbidade e o Ministério Público como *custus legis*, dando pareceres favoráveis ou desfavoráveis, simplesmente como acontece como mandado de segurança. Mas o que acontece, o Ministério Público ajuíza a ação e a Administração que não fez nada nem vai fazer se coloca contrária a uma ação que deveria ter entrado e etc., etc. Por isso que eu valorizo um pouco esse lado histórico. Se essa conta tivesse sendo paga pelos dois, ninguém ia poder dizer que ela é inerte, omissa, que não faz nada. Eu acho que ela teria certa credibilidade para, de repente, questionar isso para contestar uma ação. Como promotor eu me adapto a jurisprudência. Mas como ela não é ainda tranqüila, você tem certa liberdade para discutir.

3.A nova redação do parágrafo 3º do artigo 17 da Lei n.º 8.429/92 pode ter possibilitado uma interpretação em desfavor da supremacia do interesse público ínsito na ação, já que a redação anterior era expressa quanto ao litisconsórcio necessário?

Existem muitas maneiras de compreender tudo isso. Nesse assunto que a gente está conversando, umas das maneiras que eu mais gosto de valorizar é a histórica. Porque a gente não está falando de uma lei que saiu no mês passado, ainda está quebrando a cabeça pra resolver essas coisas. Não, a gente já tem um passado que nos mostra como essa coisa toda já foi administrada. Como foi que a Administração resolveu se comportar diante de um diploma legal que permitia a ela processar pessoas que trabalharam contra ela, que a vitimou. Ela poderia ser rigorosa com essas coisas.

As duas redações são diferentes. Na primeira redação a Administração era impositivamente levada a ficar ao lado do autor. Pela redação posterior ela não quis constranger a Administração a ser autora de uma ação que ela não é, permitindo, portanto, que ela se abstinhasse de contestar, mas de forma alguma permitiu que ela contestasse. Isso sim está fora da lógica. A nova redação melhorou, ela deu uma nova opção pra Administração, mas brotou uma terceira opção que não está escrito nela. E lembre-se, juízo de discricionariedade só pode ser exercido legitimamente se for previstos em lei. Qualquer juízo de oportunidade e conveniência tem que ser previstos expressamente em lei. Ela não está expressamente autorizada a contestar.

4.Qual o posicionamento predominante escolhido pela Administração Pública nas ações propostas pelo MPDFT?

Há predominantemente a escolha pela neutralidade, e algumas em que houve contestação. Mas atuar ao lado do Ministério Público, não. Também não há ações propostas pela Administração.