

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

GUILHERME AUGUSTO ARAÚJO DE CARVALHO

**O DIREITO PROCESSUAL NAS AÇÕES POR ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A TEORIA DO DIÁLOGO
DAS FONTES**

VOLTA REDONDA
2019

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**O DIREITO PROCESSUAL NAS AÇÕES POR ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A TEORIA DO DIÁLOGO
DAS FONTES**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em
Direito.

Aluno:

Guilherme Augusto Araújo de
Carvalho.

Professora Orientadora:

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs.

VOLTA REDONDA

2019



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

A Teoria do Diálogo das Fontes e o Direito Processual nas ações por ato de impiedade administrativa

Elaborado por *Guilherme Augusto Araújo de Lencastre* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *22* de *maio* de *2019*

Banca Avaliadora:

Raulie Baptista Lenczane Juncos

Professor Orientador - Unifoa

Leandria R. Robt de J. S.

Professor Avaliador - Unifoa

[Signature]

Professor Avaliador - Unifoa

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao pai celestial por ter me agraciado com saúde e o poder do livre arbítrio.

À minha orientadora, por me lecionar e disponibilizar seu tempo, bem como conhecimento, a fim de contribuir com meu aprendizado.

À minha família, em especial minha mãe, mulher inspiradora que apesar dos problemas da vida, não desistiu em momento algum.

Agradeço ainda, a todos os mestres/doutores do meu curso, que com muito zelo exerceram seu mister.

RESUMO

O presente trabalho monográfico adota como tema “O direito processual nas ações por ato de improbidade administrativa: a teoria do diálogo das fontes”. Aborda, preambularmente, tanto o conceito de improbidade administrativa, as espécies de atos ímprobos e as sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, quanto a natureza jurídica das sanções impostas pela lei em comento no âmbito material, com ênfase no campo processual em respeito às garantias constitucionais aplicáveis ao devido processo legal, versando sobre o lacunoso rito da ação civil por ato de improbidade administrativa. Verifica, a partir de análises de leis, doutrinas e jurisprudências, as consequências jurídicas das omissões e contradições presentes na Lei de Improbidade Administrativa no que tange, especialmente, ao direito processual (civil/penal). Ainda, apresenta soluções para sanar as controvérsias surgidas em virtude da natureza das sanções fixadas nesta lei, com a finalidade de atenuar os desastres processuais que eventualmente serão provocados durante a tramitação deste tipo de ação.

Palavras-chave Improbidade Administrativa; devido processo legal; diálogo das fontes.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	10
	2.1 Comentários sobre a lei de improbidade administrativa	11
	2.2 Diferenciação entre crimes contra a Administração Pública, crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa.....	13
	2.3 Espécies de atos ímprobos.....	15
	2.4 Consequências jurídicas da condenação por improbidade administrativa.....	17
3	CONTROVÉRSIAS ENFRENTADAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS AÇÕES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	24
4	A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	27
	4.1 O rito da ação por ato de improbidade administrativa	30
	4.2 Aplicação do Processo Civil e do Processo Penal na Lei de Improbidade Administrativa: Teoria do diálogo das fontes..	35
5	CONCLUSÃO	41
6	REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico, ora apresentado, possui como tema “A teoria do diálogo das fontes e o direito processual na lei de improbidade administrativa”. O estudo será focado às regras processuais utilizadas no rito específico das ações por ato de improbidade administrativa, levando em consideração, principalmente, a natureza das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa ao condenado e observando-se os direitos constitucionais do devido processo legal em conjunto com as demais regras procedimentais tanto do processo civil, quanto do processo penal.

Sabe-se que as sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa ao acusado atingem direitos personalíssimos, como será tratado durante os capítulos, e por tal razão, estar no polo passivo desse tipo de demanda gera graves prejuízos.

Trata-se de forte instrumento de controle estatal, cuja finalidade é assegurar a probidade e higidez dos serviços públicos prestados à sociedade, de modo a evitar eventuais prejuízos aos cofres públicos em razão de agentes imorais que se valem do cargo para satisfazer interesses próprios, deixando de lado o interesse coletivo.

Serão utilizados, ainda, entendimentos de tribunais superiores, além de outras jurisprudências que reforçam a necessidade de uma alteração processual nas ações por ato de improbidade administrativa.

Menciona-se que esse rito especial, diferenciado, não é cotidianamente visto na prática forense, sendo este o motivo de elaborar um profundo estudo sobre as controvérsias procedimentais da Lei de Improbidade Administrativa e suas consequências jurídicas para o mundo processual, atentando-se à natureza das sanções previstas pela lei em comento.

É bem verdade que a civilização, de uma forma geral, tornou-se adepta ao combate à improbidade, aumentando drasticamente a propositura dessas ações. Contudo, em nosso país, o legislador deixou a desejar, pois não observou, tecnicamente, o elo entre Direito e Justiça.

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar a importância e a necessidade de aperfeiçoar as ações por ato de improbidade administrativa, para, ao final, apresentar soluções aptas a amenizar os impactos processuais, tendo em vista que a atual Lei de Improbidade Administrativa é defeituosa, encontrando-se dissonante com o atual ordenamento jurídico.

O segundo capítulo apresentará o conceito de improbidade administrativa, bem como os reflexos das sanções impostas pela lei, tratando brevemente das diferenças entre crimes contra a Administração Pública, crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa.

No terceiro capítulo, serão abordadas as regras processuais mais adequadas aplicáveis ao rito processual das ações por ato de improbidade administrativa, levando em consideração as controvérsias já enfrentadas no Supremo Tribunal Federal.

Em remate, o quarto capítulo discorrerá sobre as lacunas presentes na Lei de Improbidade Administrativa e suas consequências jurídicas no âmbito processual, atentando-se, especialmente, para as regras processuais aplicadas às ações por atos de improbidade por conta da atecnia legiferante.

Por fim, após tratar dos assuntos acima dispostos, o quinto capítulo (conclusão) demonstrará os resultados do presente estudo, apresentando, ao final, uma sugestão para solucionar as controvérsias que versam sobre o rito das ações por ato de improbidade administrativa.

2 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Improbidade administrativa deriva do *latim probitate*, formada do prefixo latino *im*, cujo sentido é de negação, acrescida da palavra *probidade*, relacionada à integridade, honradez, boa conduta, bom caráter. Dessa forma, improbidade significa o antônimo destes substantivos, podendo ser interpretada como corrupção, má-administração, desonestidade, deslealdade, bem como qualquer ato imoral que venha a ferir os princípios norteadores da Administração Pública e/ou seus deveres, tais como: razoabilidade, publicidade, impessoalidade e supremacia do interesse público. Nesse sentido, veja-se a explanação José dos Santos Carvalho Filho:

A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de probidade e de moralidade, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º). Em nosso entender, melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade.¹

Nas palavras de Mauro Campbell Marques, ministro do Superior Tribunal de Justiça:

Diretriz importante no direito brasileiro, a repressão aos atos de improbidade administrativa tem o *status* de regra na Constituição de 1988, assim cunhada no § 4º do art. 37: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Trata-se da canonização da honestidade no exercício de funções públicas, que decorre do princípio de moralidade constante do *caput* do art. 37. A ideia-força do regime aplicável aos que manejam funções estatais é da submissão aos vetores da moralidade administrativa. [...] Improbidade administrativa é conceito amplo. Não se reduz à corrupção, muito embora vulgarmente lhe seja associado. A apropriação de vantagem econômica é apenas uma das formas

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 864.

possíveis de aparição da improbidade. Improbidade significa desonestidade e sua origem se radica no patrimonialismo. Tem relação direta com o mau uso dos poderes inerentes ao cargo ou função pública confiada ao seu ocupante ou exercente. A Lei 8.429/1992 cuidou de explicitar o conteúdo do conceito de improbidade administrativa ao descrever três espécies: enriquecimento ilícito no exercício de função pública, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da administração pública. A caracterização de cada uma delas atende a fórmulas abrangentes ajuntadas de relações meramente exemplificativas.²

Noutros termos, a probidade administrativa está intrinsecamente relacionada à princípios, sejam éticos ou morais, isto é, vai além do mero cumprimento da legalidade.

2.1 Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa

Certas condutas, comissivas ou omissivas, do agente público a serviço da Estado serão consideradas repugnantes ao ordenamento jurídico, visto que além de sua caracterização como faltas administrativas graves, serão enquadradas, também, como delitos pela legislação, pois ofendem tanto a Administração Pública (*lato sensu*), quanto a sociedade.

Via de regra, se não observado o dever de probidade, restará patente a improbidade, importando em determinadas sanções previstas tanto na Constituição Federal, quanto na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade administrativa).

Hodiernamente, a improbidade é vista como algo casual na sociedade brasileira, dada a quantidade de escândalos envolvendo agentes públicos e, principalmente, políticos, sendo importante lembrar que não são todos os agentes políticos que se submetem à Lei de Improbidade Administrativa em virtude do foro de prerrogativa de função (grande parte responde por crimes de responsabilidade, mas este tema será tratado mais adiante).

Recursos utilizados (em alguns casos, desviados) de maneira inadequada e imoral acarretam em graves prejuízos para a coletividade, pois

² MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 225.

não serão direcionados em benefício da sociedade, além de comprometer perigosamente o desempenho econômico do país. Nesse ponto, impõe destacar que o agente não é dono dos bens que eventualmente administra, cabendo-lhe apenas praticar atos que possuam fundamentos válidos e reais em benefício da coletividade.

De fato, a improbidade é tratada e considerada como um mal por outros países desde a época dos filósofos contratualistas. Ou seja, enquanto a corrupção tornou-se algo comum para grande parte da sociedade brasileira, em outras, é tratada como uma conduta repulsiva, vergonhosa e hedionda, a ponto do próprio agente, quando flagrado em escândalos, suicidar, tal como ocorre no Japão, por exemplo.

Mas, ainda assim, no Brasil, o legislativo vem avançando na criação de normas que visam garantir a probidade administrativa. Waldo Fazzio Júnior faz uma sintética linha do tempo sobre a evolução legislativa do tema:

Desde a Proclamação da República (1889), apenas em 1946, o direito constitucional brasileiro voltou seus olhos para a necessidade de inserir entre seus postulados a prevenção e a correção do desvirtuamento da Administração Pública, pelos seus próprios agentes. A Constituição Federal de 1946 trouxe no art. 141, § 31, uma programação de lei para regulamentar o sequestro e o perdimento de bens, no caso do enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. O Texto Maior de 1967 acrescentou (art. 150, § 11) os danos causados ao erário como raiz de incidência do sequestro e da perda de bens. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ampliou o espectro dessa incipiente tutela administrativa, aludindo à Administração direta e indireta (art. 153, § 11). É flagrante, nesse lapso de mais de meio século, o distanciamento entre o débil tratamento jurídico das disfunções administrativas patrocinadas pela improbidade de agentes públicos e o cotidiano do gerenciamento da *res publica*, etiquetado com a impunidade e impregnado por diversos *ismos* negativos. O olhar retrospectivo para o curso da legislação anticorrupção, no Direito brasileiro, se entremostra como conduta metodológica adequada para permitir uma avaliação do significado da atual Lei nº 8.429/92. De fato, é aconselhável encetar um rápido retorno aos modelos normativos anteriores, não como resgate conveniente de um suposto passado exemplar, mas como recuperação dos primeiros passos consistentes, no caminho do resguardo da probidade administrativa. [...] Sucessivos escândalos administrativos, envolvendo agentes públicos de poderes diversos, imprimiram sinistra tatuagem no Poder Público. Embora as funções e os cargos oficiais sejam bens de domínio público, que não podem ser expostos à negociação, não é desprezível o número de administradores que fazem de seu ofício o gerenciamento de um

inescrupuloso comércio, em que vendem, por vias travessas, aquilo que deve ser servido, como prestação pública, à sociedade.³

Nesse diapasão, verifica-se que a Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa retratam relevantes ferramentas de combate à improbidade administrativa.

Apesar de representarem grande avanço, existem diversas controvérsias no rito diferenciado das ações por ato de improbidade em virtude de omissões e contradições legais presentes na Lei de Improbidade, que serão tratadas em capítulos subsequentes.

2.2 Diferenciação entre crimes contra a Administração Pública, crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa

A improbidade dos agentes poderá acarretar em três consequências jurídicas diversas, mas que estão intrinsecamente relacionadas, quais sejam: crimes contra a Administração Pública, crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa.

Muitas das vezes, as consequências suso mencionadas derivam do mesmo ato, diferindo-se, apenas, na composição do polo ativo e nas sanções aplicadas.

Como já dito anteriormente, os atos de improbidade administrativa estão previstos na Lei nº 8.429/92, podendo ser praticados por aquele que exerça, 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 vinculadas à Administração Pública direta ou indireta, consoante artigo 2º da lei em questão. Trata-se, portanto, de norma específica com sanções peculiares.

³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-3.

Os crimes contra Administração Pública, previstos no artigo 312 e seguintes do Código Penal, podem ser praticados por agentes públicos ou particulares, incorrendo, cada um, em uma sanção específica.

Por fim, os crimes de responsabilidade possuem um sujeito ativo específico, eis que somente podem ser praticados por agentes políticos no sentido amplo, não havendo possibilidade de responsabilização de outras pessoas que não aquelas empossadas no cargo político, conforme regulado pela Lei nº 1.079/50⁴ para autoridades do âmbito federal e estadual, e pelo Decreto-Lei nº 201/67⁵, para as figuras municipais (prefeitos). Nesse ponto, é relevante mencionar que secretários municipais, apesar de estarem na condição de agente político, recebem o tratamento previsto na Lei de Improbidade Administrativa. Ademais, determinados ilícitos políticos poderão ser apurados por meio de instauração do processo de *impeachment*⁶, que, de certo modo, possuem também caráter punitivo.

Verifica-se, portanto, que os crimes contra a Administração Pública podem acarretar em penas de caráter exclusivamente penal (privativas de liberdade, restrição de direitos e multa), enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e as normas específicas que tratam dos crimes de responsabilidade impõem penas de natureza civil (ressarcimento do dano causado ou do proveito obtido e multa civil) e político-punitivo com forte caráter penal (suspensão dos direitos políticos, perda de cargo e proibição de contratar com o poder público, por exemplo). Nesse sentido, o jurista Alexandre Mazza elucida:

Os agentes públicos podem praticar, no exercício das funções estatais, condutas violadoras do Direito, capazes de sujeitá-los à aplicação das mais diversas formas de punição. Se o comportamento causar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil visando a reparação do dano. Sendo praticada conduta tipificada como crime, instaura-se um processo penal tendente à aplicação de sanções restritivas da liberdade. Já na hipótese de infração de natureza funcional, o Poder Público poderá instaurar um processo administrativo que, em caso de

⁴BRASIL. **Lei dos crimes de responsabilidade.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm>. Acessado em 08/02/2019.

⁵BRASIL. **Lei das responsabilidades dos prefeitos e vereadores.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acessado em 08/02/2019.

⁶Significa impedimento. Tecnicamente, é o processo instaurado por meio de denúncia pelo qual se apura a ocorrência, ou não, de crimes de responsabilidade imputados a altas autoridades públicas.

condenação do agente, resulta na fixação de sanções relacionadas ao cargo público, como advertência, suspensão e até demissão do servidor⁷.

O supramencionado doutrinador conclui que essas três instâncias distintas de responsabilidade (civil, penal e administrativa) compõem a denominada tríplice responsabilidade do agente público⁸.

Nessa linha, não há que se falar em *bis in idem*, visto que as sanções decorrentes de cada espécie possuem naturezas diversas, podendo serem aplicadas de forma cumulativa e paralela, em sendo o caso. Estas são as razões pelas quais a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 12, prevê a independência de instâncias administrativa, civil e penal, assim como o faz a Constituição, em seu artigo 37, § 4º, ao mencionar: “*sem prejuízo da ação penal cabível*”⁹, a fim de consolidar a natureza cível da ação por ato de improbidade administrativa.

2.3 Espécies de atos ímprobos

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece as condutas que configuram improbidade administrativa, as quais variam conforme a gravidade do fato.

Mazza correlaciona as principais espécies de atos de improbidade cujas condutas estão previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a saber:

A Lei nº 8429/92, em seus arts. 9º a 11, define um rol exemplificativo das condutas que caracterizam improbidade administrativa, dividindo-as em quatro grupos distintos: (a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º): são as condutas de maior gravidade, apenadas com as sanções mais rigorosas. Em regra, tais condutas causam aos cofres públicos prejuízo associado a um acréscimo indevido no patrimônio do sujeito ativo; (b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10): possuem gravidade intermediária. Não produzem enriquecimento do agente público, mas provocam uma lesão financeira aos cofres públicos; (c) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11): comportamentos de

⁷MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 864.

⁸Idem.

⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

menor gravidade. Não desencadeiam lesão financeira ao erário, nem acréscimo patrimonial ao agente; (d) atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A): novidade trazida pela Lei Complementar nº 157/2016, tipifica como improbidade qualquer ação ou omissão visando conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário que reduza a alíquota do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) para patamar inferior a 2% (dois por cento), nos termos do art. 8º - A da Lei Complementar n. 157/2016, inclusive sobre o serviço proveniente ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País. Como novo dispositivo não menciona variação culposa, conclui-se que a caracterização da nova figura de improbidade exige dolo.¹⁰

Baseando-se nos ensinamentos supracitados, conclui-se que:

(a) na primeira espécie (enriquecimento ilícito), a vantagem auferida deve ser patrimonial e financeiramente passível de quantificação, não precisando acarretar, necessariamente, em danos ao erário, pois o bem jurídico tutelado é a probidade administrativa e não apenas os cofres públicos. Na maioria das vezes, como esclarece o autor, a prática de um ato ímprobo que importe em enriquecimento ilícito poderá levar à configuração de crimes como concussão (art. 316 CP), corrupção passiva (art. 317 CP) ou peculato (art. 312 CP). Um dos maiores exemplos desta espécie é o agente que recebe quantia, vantagens de qualquer natureza ou até mesmo “presentes” no exercício da função pública;

(b) na segunda espécie (prejuízo ao erário), perda patrimonial consiste em qualquer lesão que atinja o patrimônio público no sentido amplo, seja por desvio indevido, apropriação de propriedade, desperdício ou dilapidação de bens. Noutras palavras, protege de forma absoluta o patrimônio público;

(c) na terceira espécie (agressão aos princípios norteadores da Administração Pública), verifica-se ofensa aos princípios como critério para configuração de ato de improbidade, tais como: legalidade, imparcialidade, supremacia do interesse público e honestidade, por exemplo. O objetivo é preservar os princípios da Administração de uma forma geral;

¹⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 874/875.

(d) na quarta espécie (concessão ou aplicação de benefício financeiro ou tributário), embora esteja expressa em uma Lei Complementar (nº 157/2016¹¹) e não na Lei de Improbidade Administrativa, vale ressaltar que qualquer ato cujo objetivo seja a concessão ou a manutenção de um benefício financeiro/tributário de forma indevida, poderá importar em um ato de improbidade. Pode-se ter como exemplo uma isenção fiscal infundada.

2.4 Consequências jurídicas da condenação por improbidade administrativa

Pois bem, é cediço que figurar no polo passivo de uma ação civil por ato de improbidade administrativa acarreta, se eventualmente condenado, em graves consequências jurídicas, vez que a condenação pelo ato possui o condão de atingir o patrimônio e os direitos da personalidade do acusado. Observa-se que dentre as sanções, há a proibição de contratar com o poder público, suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens e perda de cargo, consoante artigos 37, § 4º da Constituição Federal/88 e 12, I, II e III da Lei 8.429/92, sem mencionar o abalo psicológico sofrido ao ser réu nesta espécie de demanda judicial.

Veja-se, *ipsi literis*, as sanções¹² previstas na respectiva lei, que podem, inclusive, atingir o patrimônio de um herdeiro até os limites da herança:

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem

¹¹BRASIL. **Lei Complementar nº 157**, de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm>.

¹²BRASIL. **Lei de Improbidade Administrativa**. Lei n. 8.429, 2 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>.

ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

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

Conforme já registrado, a aplicação concomitante de uma sanção não gera a inconstitucionalidade de outra, em razão da independência das instâncias. Noutros termos: as sanções podem ser impostas independentemente de outras sanções. Confira-se o aresto abaixo, que elucida os critérios de extensão e cumulatividade das sanções:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INTERESSE DE TERCEIRO PREJUDICADO. PRINCÍPIO DA NÃO SUBSTANCIAÇÃO. ADEQUAÇÃO DOS FATOS AOS INSTITUTOS JURÍDICOS PELO ACÓRDÃO. ACÓRDÃO ULTRA PETITA. LIMITAÇÃO DA PENA AO PEDIDO INICIAL. [...] Os critérios para a fixação sancionatória pelo julgador são os conhecidos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, norteados pelas considerações sobre a reprovabilidade e lesividade da conduta,

dano ao erário e grau de culpa no atuar ilícito [...]¹³ – (Grifo do autor).

Resta evidente que se cuida de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos considerados ímprobos pela lei, com sanções severas e, inclusive, necessárias à tutela jurídica pretendida.

Nesse diapasão, tanto o *parquet*, quanto a pessoa jurídica de direito público supostamente lesada, devem ser cautelosos ao propor uma Ação Civil pela prática de ato ímprobo, a fim de evitar tumultos processuais desnecessários durante a tramitação do feito por ausência de justa causa (lastro probatório mínimo indicativo de materialidade e autoria do suposto ato ímprobo), requisito considerado essencial para o manejo deste instrumento de pretensão punitiva, conforme o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁴:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOB A IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.429/92 SÃO APLICÁVEIS AO PARTICULAR QUE EM TESE, INDUZA OU CONCORRA PARA A PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE OU DELE SE BENEFICIE SOB QUALQUER FORMA DIRETA OU INDIRETA. O MINISTÉRIO PÚBLICO POSSUI LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 4. **As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação [...]** (Grifo do autor).

A partir do entendimento supra, verifica-se que o rito processual das ações por ato de improbidade administrativa aproxima-se mais do processo penal em vez do processo civil, considerando o que já foi abordado anteriormente acerca da gravidade das sanções.

¹³Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL 0050510-37.2010.8.19.0042 RJ; processo nº 0050510-37.2010.8.19.0042; Primeira Câmara Cível; Data do Julgamento: 02/09/2014; Relatora Desembargadora Maria Augusta Vaz. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139423914/apelacao-apl-505103720108190042-rj-0050510-3720108190042>>, inteiro teor 4. Acessado em 14/04/2019.

¹⁴Superior Tribunal de Justiça. REsp 952.351 RJ 2007/0113128-6; T1 – Primeira Turma; Data do Julgamento: 04/10/2012; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22547290/recurso-especial-resp-952351-rj-2007-0113128-6-stj>>. Acessado em 16/04/2019.

Nesse ponto, menciona-se mais uma observação: no rito processual “civil” das ações por ato de improbidade, há a figura de defesa preliminar (art. 17, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa), inspirado, sem dúvidas, no artigo 513 do Código Processual Penal, justamente para evitar lides temerárias que prejudicariam as partes do polo passivo, compostas por agentes públicos/políticos. Em síntese, antecipa-se sua defesa para que, por meio de prévio contraditório, o Juízo verifique os pressupostos processuais para o recebimento da inicial acusatória, a qual, ressalte-se, deve demonstrar nitidamente a presença da justa causa. Veja-se o art. 17, §7º, da Lei 8.429/92:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

Na oportunidade, relevante elucidar que o ato de improbidade deve estar eivado de má-fé para que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa sejam aplicadas, afinal, não haveria sentido punir um agente que, embora tenha gerado certo prejuízo, agiu de boa-fé. Por derradeiro, se o agente público pratica um ato violador do ordenamento jurídico, seja por sua incompetência, ou até mesmo por inabilidade, não haveria configuração do ato de improbidade. Nessa linha, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁵:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE DE PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. **Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92.** A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido – (Grifo do autor).

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp 213.994 MG 1999/0041561-2; T1 – Primeira Turma; Data do Julgamento: 17 de Agosto de 1999; Relator Ministro Garcia Vieira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8374892/recurso-especial-resp-213994-mg-1999-0041561-2>>. Acessado em 16/04/2019.

No ano de 2006, os ensinamentos da jurisprudência acima foram reiterados pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. [...] 3. **A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador [...].** – (Grifo do autor)

É inconteste, em virtude do caráter das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, aplicar regras mais adequadas ao rito processual das ações por ato de improbidade, pois assegurará, substancialmente, os direitos processuais constitucionais que qualquer cidadão deve possuir enquanto figurar no polo passivo em ações movidas pelo Estado (*lato sensu*), a fim de evitar a tramitação processual de demandas temerárias e desproporcionais. Reitera-se, as penas fixadas na lei em comento não possuem cunho meramente patrimonial, eis que atingem também direitos de caráter personalíssimo.

Importante esclarecer ainda que as lacunas presentes na Lei de Improbidade Administrativa vêm sendo preenchidas por outras legislações, de forma subsidiária. A título de exemplo, menciona-se que a respectiva lei não prevê a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em atos de improbidade administrativa. Portanto, a fim de imputar-lhes a responsabilidade civil pela reparação dos resultados da improbidade, o julgador precisa se valer de uma interpretação dos artigos 3º a 6º da respectiva lei, em conjunto com o art. 942, caput, parágrafo único, do Código Civil, pois este último servirá de suporte legal para imputar aos terceiros beneficiados (que não exercem função pública) de eventual ato ímprobo a responsabilidade solidária¹⁷.

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça. REsp 909.446 RN 2006/0269878-5; T1 – Primeira Turma; Data do Julgamento: 06 de Abril de 2010; Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9109633/recurso-especial-resp-909446-rn-2006-0269878-5>>. Acessado em 16/04/2019.

¹⁷ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acessado em 16/04/2019.

Considerando que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) não esgotou as regras sobre o procedimento no rito processual das ações de improbidade administrativa e, tendo em vista a magnitude das sanções previstas, vai ao encontro das garantias constitucionais (devido processo legal, ampla defesa e contraditório) a necessidade, por exemplo, de intimação pessoal da parte que suporte condenações dessa natureza, como o é no Código Processual Penal (necessidade de intimação pessoal do réu das sentenças condenatórias – art. 392 do Código de Processo Penal¹⁸), ainda que eventual revelia esteja produzindo efeitos. Sabe-se que um dos efeitos da revelia, no Código Processual Civil, é a desnecessidade da intimação pessoal do réu (que não tenha nos autos um patrono constituído) acerca dos atos processuais subsequentes. Portanto, se o sujeito ativo (aquele que praticou o ato ímprobo) da ação por ato de improbidade é revel e, além de condenado, não tenha patrono constituído, o Juízo não terá a obrigação de determinar a intimação pessoal do mesmo, fato este que configura total incoerência do legislador dada as consequências jurídicas das penas previstas na Lei de Improbidade.

Inobstante, apesar dos processos por ato de improbidade tramitarem sob as regras do processo civil, em momento algum se aplica ordem semelhante à prevista no artigo 841, §2º, do Código de Processo Civil, que estabelece a intimação pessoal de eventual executado se não houver patrono constituído nos autos, após formalizada a penhora patrimonial. Ora, como já dito, as sanções da Lei de Improbidade Administrativa vão além do caráter patrimonial e, mesmo assim, não há um dispositivo sequer no Código Processual Civil que determine a intimação pessoal do réu acerca da sentença condenatória proferida nas ações de improbidade.

As teratologias exteriorizadas nas ações por ato de improbidade administrativa continuarão sendo demonstradas nos capítulos seguintes, mas o pouco já abordado é suficiente para defender a necessidade de uma alteração

¹⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 16/04/2019.

processual nessa espécie de demanda, pois verifica-se, visivelmente, os atritos constantes na lei, objeto deste estudo.

3 CONTROVÉRSIAS ENFRENTADAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS AÇÕES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É inegável que as sanções impostas por atos de improbidade administrativa produzem efeitos de natureza punitiva, afinal, atingem direitos personalíssimos, embora diversos doutrinadores entendam que estas possuem caráter exclusivamente cível, sendo, portanto, pacífico que o rito processual aplicado nesse tipo de ação é o civil. José dos Santos Carvalho Filho entende que:

As sanções da Lei de Improbidade são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. Assim, o legislador deveria ter evitado o título “Das Penas” atribuído ao Capítulo III da lei, o que poderia dar falsa impressão de tratar-se de penalidades inerentes à prática de crimes. Não obstante, adiante-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem.¹⁹

A controvérsia acerca da ação é imensa por conta da natureza das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa.

Como posto anteriormente, o Estado de Direito não pode conviver com arbitrariedades, sendo a possibilidade de revisão de decisões políticas uma das mais efetivas maneiras de impedir e combater o abuso de poder. A despeito disso, manifestaram-se ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma Reclamação²⁰ sobre o tema em pauta, na qual, em acórdão, foram citados trechos dos ensinamentos dos juristas Gilmar Mendes e Arnaldo Wald. Veja-se:

A instituição de uma “ação civil” para perseguir os casos de improbidade administrativa coloca, inevitavelmente, a questão a respeito da competência para o seu processo e julgamento, tendo em vista especialmente as consequências de eventual sentença condenatória, que nos expressos termos da Constituição, além da indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, poderá acarretar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do réu em caso de eventual sentença condenatória (CF, art. 37, §4º).

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1129-1130.

²⁰ Supremo Tribunal Federal. Rcl 2138 DF; T1 – Tribunal pleno; Data do Julgamento: 13/06/2007; Relator Ministro Nelson Jobim. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>, p. 127. Acessado em 16/04/2019.

Não há dúvida aqui, pois, sobre o realce político-institucional desse instituto. **A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma “ação civil” de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos.** Essa colocação serve pelo menos para alertar-nos sobre a necessidade de que não se torne pacífica a competência dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429/92, as autoridades que estão submetidas, em matéria penal, à competência originária de cortes superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal. De observar que, **enquanto na esfera penal são raras as penas que implicam a perda da função ou a restrição temporária de direitos (Código Penal, art. 47, I, e 92, I), na “ação civil” de que trata a Lei nº 8.429/92, todas as condenações implicam suspensão de direitos políticos por até 10 anos, além da perda da função pública** (Lei cit., art. 12). As implicações da sentença condenatória em “ação civil de improbidade” são destacadas por CLÁUDIO ARI MELLO, ao anotar que **“o condenado por improbidade administrativa ver-se-á na indigna posição de não-cidadão, em face da perda dos direitos políticos”**. É evidente, pois, que, tal como anotado pela doutrina, a sentença condenatória proferida nessa peculiar “ação civil” é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, é certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, §4º, da Constituição, poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal. **Não é preciso dizer, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, com efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de “atos de improbidade”, constante do art. 9º da Lei nº 8.429/92, com os delitos contra a Administração praticados por funcionário público** (Código Penal, art. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321). Tal coincidência ressalta a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na “ação civil”, com sérias consequências para todo o sistema jurídico.
21 – (Grifo do autor).

Verifica-se, novamente, a importância desta discussão para o atual ordenamento jurídico, visando garantir a aplicabilidade de direitos processuais mais adequados às ações por ato de improbidade, os quais, por bem, deveriam ser utilizados para evitar arbitrariedades contra a parte mais fraca, mas não o são em virtude de omissões legais, defasagens legiferantes e desídia legislativa.

²¹ WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. **Competência para julgar a improbidade administrativa.** Revista de Informação Legislativa nº 138, mês de abril do ano de 1998, pag. 214. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4>>. Acessado em 16/04/2019.

É importante lembrar que embora o polo passivo da ação em comento seja composto por agente(s) público(s), estes não deixam de ser, também, cidadãos que possuem direitos e garantias. Noutros termos, há evidente modificação no ordenamento jurídico que implica, no mínimo, na necessidade de o Supremo Tribunal Federal revisar o presente tema.

Nessa toada, a fim de assegurar tanto o devido processo legal, quanto o acesso à justiça, a Constituição Federal fixa princípios e garantias processuais que proporcionem um processo imparcial, acessível, justo, igualitário e transparente, de modo que não acarrete em prejuízo para as partes durante a tramitação processual, mencionando-se, a título de exemplo, os seguintes princípios: ampla defesa, contraditório, juiz natural, celeridade, isonomia, duplo grau de jurisdição e imparcialidade nos atos processuais.

Frisa-se que absolutamente nenhum dos princípios e garantias constitucionais/fundamentais são absolutos, pois podem ser relativizados por meio de uma ponderação, assegurando ao julgador certa autonomia para valer-se de seus critérios interpretativos e de seu poder geral de cautela para melhor alcançar, ou, ao menos, aproximar-se, da almejada justiça. Isso se aplica aos processos judiciais de uma forma geral, afinal, é o instrumento pelo qual o Estado é provocado a intervir e solucionar lides formadas em nossa sociedade.

Verificar-se-á, no penúltimo capítulo, a importância de alterações das regras processuais nas ações de improbidade, por meio de uma abordagem mais técnica e criteriosa relacionada ao objeto do presente trabalho.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Renomados juristas entendem que a ação por ato de improbidade possui, exclusivamente, natureza civil, em virtude da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §4º - parte final -, assegurar nitidamente que os atos de improbidade não ostentam caráter penal.

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

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

Com base no texto constitucional, parte majoritária dos doutrinadores concluem que o caráter preponderante da ação por ato de improbidade é civil, considerando ainda o objetivo ressarcitório desse instrumento, consoante citações já realizadas em capítulos precedentes. Sustentam, ainda, que a finalidade ressarcitória da ação não transmuda sua essência cível.

Nessa linha, afobados se valem do supramencionado raciocínio procurando deslegitimar a construção de Arnold Wald e Gilmar Mendes²² (mencionada no capítulo anterior) apenas por conta do disposto na Constituição Federal, objetivando não deixar espaço para dúvidas de que a ação de improbidade possua cunho diverso do civil. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira²³:

A Lei 8.429/1992 pode sugerir ao intérprete mais afoito uma natureza penal ou até mista da ação de improbidade administrativa. O Capítulo III tem como título “Das penas”, enquanto o Capítulo VI trata “Das disposições penais”. O art. 17, § 7.º, prevê uma fase preliminar de recebimento da petição inicial sob o crivo do contraditório típico do procedimento penal previsto para os crimes funcionais, no qual se

²² WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. Competência para julgar a improbidade administrativa. in: **Revista de Informação Legislativa** n. 138, abril/junho 1998, pag. 214. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4>>. Acessado em 16/04/2019. Acesso em 22/04/2019.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018, p. 137.

prevê uma fase preliminar de notificação dos demandados para o oferecimento de uma defesa prévia ao recebimento da denúncia (arts. 513 a 515 do CPP). E o mesmo dispositivo, em seu § 12, prevê a aplicação das regras consagradas no art. 221, *caput* e § 1.º, do CPP nos depoimentos e inquirições. Não obstante a realidade legislativa descrita, a doutrina, de forma amplamente majoritária, entende que a ação de improbidade administrativa tem natureza civil.¹ É no mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.² Como lembra a melhor doutrina, o art. 37, § 4.º, da CF, ao prever as sanções imputáveis ao ato de improbidade administrativa, expressa que sua aplicação em ação específica para tal fim não prejudica a ação penal, o que permite a conclusão de não ter a ação de improbidade administrativa natureza penal.³

Entretanto, Fernando Capez, visando a aplicação de uma tutela jurisdicional técnica, hígida e adequada, afirma ser uma incoerência teratológica “declarar alguém “culpado” pela prática do ato ímprobo e puni-lo com sanções tão graves quanto as penais, sem a preocupação de assegurar-lhe os mesmos princípios protetivos”²⁴.

Significa dizer, por derradeiro, que o instrumento processual penal possui os meios apropriados para a condução dessa espécie de processo. Com o intuito de esclarecer a presente situação, ilustra o autor, por meio do seguinte exemplo:

Tome-se também, como exemplo, o caso do membro de conselho de diretoria de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, o qual se limitou a votar favoravelmente à realização de um contrato administrativo após ouvir longa explanação do responsável pela área respectiva, acompanhada de judiciosos pareceres embasando e aconselhando a contratação. Imaginem que o entendimento jurídico da autoridade investigante seja em outro sentido. No âmbito criminal, eventual sanção deveria ser necessariamente antecedida pela demonstração, em primeiro lugar, do nexo causal, ou seja, que ele deu causa ao contrato mediante seu voto favorável ao ajuste e, em segundo lugar, somente se existente o nexo causal, do dolo ou da culpa. Na Lei de Improbidade Administrativa nada disso é questionado, limitando-se a uma verificação entre o elo físico e naturalístico entre o seu voto e o ato administrativo final. O raciocínio mais se assemelha à ciência Física do que ao Direito, calcado na vetusta teoria da *conditio sine qua non*: o voto contribuiu para a contratação, logo o membro da diretoria é também autor ou partícipe da improbidade, com todos os deletérios consecutórios para a dignidade e a honra do sujeito. Não se cogita de ser analisado o dolo e a culpa, tampouco a causalidade do ponto de vista normativo, e não apenas naturalístico²⁵.

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa: limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 16.

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

Decerto, beira à irracionalidade julgar certa conduta como não penal para, posteriormente, admitir-se penas mais rigorosas, sem ao menos observar os princípios garantistas da seara processual penal.

Afirmar que as ações por atos de improbidade possuem caráter exclusivamente civil exterioriza imensa atecnia, eis que a própria Lei de Improbidade Administrativa, expressamente, admite regras processuais penais em determinadas fases do feito, consoante se infere do artigo 17, §12 e dos exemplos já mencionados em capítulos anteriores. Trata-se, no mínimo, de um processo híbrido. Confira-se:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e §1º, do Código de Processo Penal.

Vale rememorar o entendimento do já falecido ministro Teori Zavascki, mencionado em uma das obras do ministro Mauro Campbell Marques:

O relator, ministro Teori Zavascki, votou pela aplicação, aos agentes políticos, das sanções previstas para atos de improbidade, ao mesmo tempo em que reconheceu a prerrogativa de foro. Disse entender que “o ato de improbidade, embora não tenha natureza penal, mantém laços fortes com a seara criminal”. Segundo ele, “são semelhantes às consequências das reprimendas, sendo que somente a pena privativa de liberdade é característica da ação penal. No mais, as consequências são iguais”.¹² Após o voto do relator, o ministro Roberto Barroso pediu vista dos autos. Nota-se que estamos diante, portanto, de tema que ainda será bastante discutido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e para o qual é preciso balizar alguns pontos relevantes. O presente artigo apresentará os principais entendimentos do autor sobre o assunto, apresentados quando do julgamento da ADI 2.797 – na qual restou vencido – bem como no julgamento da Reclamação 2.138/DF.²⁶

O acertado voto do supramencionado ministro reconhece o patente caráter criminal das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa. De fato, o tema deve ser novamente rediscutido no Supremo Tribunal Federal,

²⁶ MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 113.

pois nosso atual ordenamento não pode permitir a incoerência tratada neste trabalho.

Observa-se, portanto, que a situação em questão seria facilmente solucionada com a utilização de regras processuais penais quando as condenações versarem sobre atos ímprobos. Desse modo, verificar-se-á a seguir outras possíveis soluções para o problema enfrentado.

4.1 O rito da ação por ato de improbidade administrativa

Abordar-se-á, em síntese, as fases processuais do rito da ação por ato de improbidade administrativa que, em suma, encontram-se elencadas no artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

Embora a Lei de Improbidade disponha, em seu artigo 17, que a ação principal terá rito ordinário, restou demonstrado durante o presente estudo, por meio de citações doutrinárias e jurisprudenciais, que trata-se de uma ação cujo procedimento é diferenciado em razão de suas particularidades processuais.

Inferre-se do supramencionado artigo que o polo ativo é exclusivamente composto pelo Ministério Público e/ou pela pessoa jurídica interessada (entes da Administração Pública direta ou indireta – inteligência do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa), tratando-se, pois, de litisconsórcio facultativo (não ensejando nulidade caso haja omissão do ente público), consoante entendimento adotado pelo STJ. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SÚMULAS 282, 284/STF E 7/STJ – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – LEI 8.429/92 – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOTIVADA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MARINGÁ – HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. 1. Aplica-se a Súmula 282/STF em relação a tese sobre a qual o Tribunal de origem não emite juízo de valor. 2. Incide a Súmula 284/STF para o caso de o recorrente não apontar dispositivo de lei federal que sustente tese desenvolvida no especial. 3. Impossível a esta Corte analisar questão que demanda revolvimento da matéria fático-probatória dos autos. Súmula 7/STJ. **4. Na ação civil por ato de improbidade, quando o autor é o Ministério Público, pode o município figurar, no polo ativo, como litisconsorte facultativo (art. 17, § 3º, da Lei 8.429/92, com a redação da Lei 9.366/96), não sendo o caso de**

litisconsórcio necessário. 5. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando reparar danos ao erário causados por ato de improbidade praticado por prefeito. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.²⁷ – (Grifo do autor).

Ainda em relação à legitimidade ativa e ao interesse para propor a ação por ato de improbidade administrativa, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira elucidam:

Prevendo o art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa a legitimidade da “pessoa jurídica interessada”, questiona-se se todas as pessoas jurídicas previstas no art. 1.º da mesma lei tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa. O tema é polêmico. Para parcela doutrinária a legitimidade restringe-se às pessoas jurídicas de direito público vitimadas pelo ato de improbidade administrativa, abrangendo a Administração Direta (União, Estado e Município), Indireta e Fundacional.⁹ O principal argumento é que a ação de improbidade administrativa não visa proteger o patrimônio privado das demais pessoas jurídicas previstas no art. 1.º da LIA, mas o uso irregular dos recursos públicos nelas investidos.¹⁰ Prefiro o entendimento ampliativo no sentido de que todas as pessoas jurídicas que possam ser prejudicadas por ato de improbidade administrativa tenham legitimidade ativa para a propositura da ação ora analisada.¹¹ Cabe o registro de que o legislador, apesar de fazer menções à Fazenda Pública nos §§ 2.º e 3.º do art. 17 da LIA, preferiu a utilização do termo “interessada” no *caput* do dispositivo para qualificar a legitimidade ativa para a propositura da ação.²⁸

Inobstante, a ausência de atuação do órgão ministerial como parte ou *custos legis* acarretará nulidade processual, conforme estabelece o art. 17, §4º, da Lei de Improbidade Administrativa. Veja-se: “§ 4º. O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade”. Aliás, sobre o papel do Ministério Público, os autores acima esclarecem:

Conforme ensina a melhor doutrina, não se devem confundir os interesses de direito material decorrentes de prejuízos ao erário em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa. O interesse individual da pessoa jurídica de direito público lesada não se confunde com o interesse difuso da coletividade.¹⁴ Interesse público

²⁷ Superior Tribunal de Justiça. REsp 737.972/PR; Data do Julgamento: 26 de Junho de 2007; Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24165158/recurso-especial-resp-1197136-mg-2010-0103588-5-stj/inteiro-teor-24165159?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28/04/2019.

²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018, p. 150.

primário e secundário, nas lições consolidadas de Direito Administrativo.¹⁵ Diante da distinção e da natureza do direito tutelado pelas ações que compõem o microsistema coletivo, inclusive a de improbidade administrativa, é absolutamente inadequado afirmar-se que a propositura dessa ação pelo Ministério Público de alguma forma afrontaria o art. 129, IX, da CF, que proíbe ao *Parquet* a representação judicial de entidades públicas. Haveria afronta ao dispositivo legal se o Ministério Público ingressasse com uma mera ação de cobrança regida pelo sistema processual da tutela individual visando a reparação do patrimônio público. Na ação de improbidade administrativa, entretanto, não é esse o interesse defendido, mas o direito difuso da coletividade na proteção do patrimônio público.¹⁶ Nesse sentido o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça.¹⁷ A possibilidade de o Ministério Público tutelar por meio de ação coletiva o erário é, inclusive, sumulada.¹⁸ Nota-se que, em qualquer ação coletiva pela qual o Ministério Público busque a proteção do patrimônio público, a legitimidade estará justificada na espécie de direito tutelado em tal ação. Na hipótese de ação de improbidade administrativa, a legitimação é ainda mais justificável e, por que não dizer, mais necessária do que nas demais espécies de ação coletiva. **É ainda mais justificável porque na ação de improbidade administrativa não se busca somente a tutela de reparação do patrimônio público, mas também a imposição de sanções aos ímprobos, o grande diferencial dessa espécie de ação coletiva.**¹⁹ **O interesse à punição daqueles que praticam os atos de improbidade administrativa nos termos do art. 12 da LIA é indiscutivelmente de natureza difusa, tendo como titular a coletividade.**²⁹ - (Grifo do autor)

Por outro lado, o polo passivo, é composto por aqueles que concorreram para a prática do ato de improbidade ou por ele se beneficiaram, mesmo que não possuam qualidade de agentes públicos, nos termos do artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa. Vale comentar que o entendimento construído pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do litisconsórcio facultativo ativo, se aplica, a *contrario sensu*, ao litisconsórcio passivo, conforme se extrai das palavras dos supramencionados doutrinadores:

Diferentemente do que ocorre com a ação popular (art. 6.º da Lei 4.717/1965), na Lei 8.429/1992 não existe qualquer previsão expressa no sentido de que todos os sujeitos que participaram da prática do ato de improbidade administrativa componham obrigatoriamente o polo passivo da demanda. Por outro lado, não há uma relação jurídica de natureza incindível que possa *a priori* e abstratamente exigir a formação do litisconsórcio no polo passivo. Trata-se, portanto, de litisconsórcio facultativo, sendo nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³³.³⁰ - (Grifo do Autor)

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018, p. 153.

³⁰ *Ibidem*, p. 159.

O § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992 veda qualquer espécie de transação/acordo/conciliação na ação - objeto do estudo -, colidindo, assim, com o artigo 334 do Código Processual Civil, que prevê a citação do réu para, não mais para contestar imediatamente, mas comparecer a uma audiência de conciliação. Mas como se sabe, caso o direito discutido não admita autocomposição, a audiência, de fato, não deve ocorrer.

Importante informar ainda sobre a possibilidade de a pessoa jurídica lesada propor ações complementares quando o dano ao erário não for reparado integralmente através da ação de improbidade administrativa, conforme se extrai do §2º.

A ação de improbidade administrativa será proposta observando o disposto no § 6º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa:

§ 6º. A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Apesar do assunto supra ter sido abordado em capítulos precedentes, não é demais rememorar que a finalidade do dispositivo é evitar lides temerárias, propostas sem demonstrar a justa causa em sede de cognição sumária (daí a razão da lei estabelecer a apresentação de defesa prévia nessa modalidade de ação).

Justamente por estar na seara de cognição sumária, os documentos e provas tratados no § 6º não devem, obrigatoriamente, comprovar de forma cristalina a ocorrência do ato ímprobo. Entretanto, conforme já mencionado, o STJ entende que deve haver justa causa quando da propositura da ação (lastro probatório mínimo de autoria e materialidade), a fim de afastar demandas de cunho político/eleitoral e eventuais lesões à intimidade/honra do acusado, sob pena de rejeição liminar da inicial acusatória com eventual condenação por litigância de má-fé.

O artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa trata, em seu § 7º, da apresentação de defesa prévia/preliminar pelo acusado. Veja-se:

§ 7º. Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

Ou seja, antes de receber a ação, o julgador, por imposição legal, deve proporcionar ao acusado o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar.

Nos termos do § 8º, § 9º, § 10º do artigo 17, havendo ou não defesa prévia, o juízo deverá, em 30 (trinta) dias, proferir decisão acerca da (in)admissibilidade da inicial, podendo rejeitá-la ou recebê-la. Recebida a exordial, proceder-se-á a citação do acusado, decisão interlocutória passível de agravo de instrumento, para que, agora, apresente sua peça contestatória.

§ 8º. Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

§ 9º. Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.

§ 10º. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

Ressalvadas essas peculiaridades, segue-se, atualmente, as demais fases processuais do procedimento comum. Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira concluem:

O que parece não agradar a doutrina é a afirmação de que o procedimento dessa ação de conhecimento será o comum, havendo aqueles que entendem tratar-se de verdadeiro procedimento especial, principalmente em razão do procedimento de defesa prévia prevista no art. 17, § 7.º, da Lei 8.429/1992.² Além dessa especialidade, a intimação da pessoa jurídica interessada, que poderá assumir qualquer dos polos da demanda ou manter-se inerte, regra prevista no art. 17, § 3.º, da mesma lei, também pode ser considerada uma especialidade procedimental. Ainda que realmente a fase de defesa prévia seja uma especialidade e tanto e que a regra de que o terceiro poderá escolher o polo que lhe interessar ou manter-se inerte seja indiscutivelmente outra especialidade procedimental, o fato é que após o recebimento da petição inicial o procedimento será fundamentalmente o comum.³ E é importante que assim o seja, porque o procedimento comum é o mais

complexo de todos, ensejando maior segurança jurídica numa ação que pode ter consequências devastadoras para os réus condenados, em especial no tocante à aplicação das penas previstas no art. 12 da LIA.³¹

4.2 Aplicação do Processo Civil e do Processo Penal na Lei de Improbidade Administrativa: Teoria do diálogo das fontes

As notórias modificações do ordenamento jurídico acarretaram em inúmeros avanços no âmbito processual, tornando-o mais complexo e, até mesmo, mais completo. Decerto, os progressos jurídicos visam a prestação de uma tutela jurisdicional hígida que, de certo modo, seja constitucionalmente adequada.

Nessa linha, evita-se a interpretação literal das normas, que possui como máxima o brocardo jurídico “*interpretatio cessat in claris*”, expressão alvo de diversas críticas na medida em que a própria ideia de clareza carrega em si uma interpretação, isto é, um determinado ponto de vista.

Para Humberto Ávila: “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”³². Assim sendo, a atividade do intérprete “não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos”, já que “sua atividade consiste em construir esses significados”.³³

Em síntese, na tarefa de compreender os textos legais, o jurista não atribui “o” significado correto aos termos legais, apenas constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos -, já que a linguagem nunca é algo cedido em caráter antecedente, isto é, pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.

A aplicação do Direito, portanto, não envolve um processo de mera absunção, mas um processo de criação que deve considerar valores caros ao

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018, p. 203.

³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 51.

³³ *Ibidem*, p. 52.

ordenamento jurídico, perquirindo o espírito da norma e as perspectivas de sentido oferecidas pela combinação com outros elementos de interpretação.

Noutros termos, a aplicação literal de determinada norma pelo intérprete poderá originar decisões teratológicas que, por derradeiro, terão o condão de provocar resultados incoerentes e em desacordo com toda a finalidade do ordenamento, distanciando-se, assim, da tão pretendida justiça.

Tratando-se de matéria processual, as observações *sus* mencionadas tornam-se ainda mais relevantes, pois, na espécie, encontra-se, de um lado, o Estado, com todo seu poderio e, em outro, o acusado, parte extremamente vulnerável se comparado ao todo-poderoso Estado. Daí a importância da hermenêutica.

Antes de prosseguir, é valioso abordar, brevemente, as soluções mais comuns do ordenamento a respeito dos conflitos normativos.

Como se sabe, havendo conflito entre normas, surgem critérios, previstos, especialmente na LINDB³⁴ (artigo 2º e seus parágrafos), para combatê-lo, quais sejam: a) critério da especialidade; b) critério cronológico; c) critério hierárquico.

À primeira vista, o presente tema, certamente, demonstrará uma antinomia³⁵, visto que a ação por ato de improbidade possui, por mera imposição constitucional, natureza civil, mas em contrapartida, sua essência aproxima-se mais da natureza penal. Como já defendido, trata-se de um processo híbrido, posto que a própria Lei de Improbidade Administrativa admite tanto regras processuais penais (e.g. artigo 17, § 12 da Lei 8.429/92 – depoimentos/inquirições de determinadas autoridades na forma do Código de Processo Penal – e artigo 17, § 7º do mesmo diploma legal – figura da defesa preliminar/prévia, comum em processos penais, dentre outras situações já mencionadas em capítulos precedentes), quanto cíveis (e.g. artigo 16, § 1º da

³⁴ BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.

³⁵ Significa conflito/contradição real ou aparente entre leis, ou disposições de uma mesma lei, dificultando sua interpretação e prevalência.

Lei de Improbidade Administrativa e artigo 37, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ocorre que, em nosso sistema jurídico, existe uma teoria denominada “diálogo das fontes”, criada por Erik Jayme, doutrinador alemão. Por tal teoria, entende-se que:

“o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes [...] com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (Dialog der Quellen)”³⁶.

A teoria é tratada pela jurista Cláudia Lima Marques em uma de suas obras³⁷ e, abarca, em síntese, uma outra forma de solução de conflitos normativos, apresentando uma ideia racional de que normas jurídicas não devem se excluir por pertencerem a campos jurídicos distintos, mas se complementar quando há essa possibilidade. Logo, é perfeitamente possível excluir as formas comuns de solução para conflitos normativos e aplicar esta teoria para sanar as controvérsias que atingem as ações por ato de improbidade administrativa.

Não bastando, tal teoria, além de excelente instrumento para a aplicação do direito, prestigia a atividade jurisdicional, pois afasta a figura de um julgador robótico, isto é, mero aplicador de dispositivos legais, e o aproxima de um profundo especialista entre Direito e Justiça. Na oportunidade, é importante salientar que o instrumento em questão não confere ao judiciário o poder de legislar indiretamente, mas sim de se criar o Direito ao mesclar normas visando a adequada prestação da tutela jurídica.

Decerto, diante de tantas controvérsias e nítidas irregularidades processuais oriundas de lacunas legiferantes dentro da Lei de Improbidade Administrativa, seria uma solução adequada para o tema em questão valer-se do diálogo das fontes, pois ambos os processos (civil e penal) podem se

³⁶ JAYME, Erick. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. Março de. 2003, p. 109. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43487/27366>>. Acesso: 03/05/2019.

³⁷ PRADA, Sergio Malta. **Da teoria do diálogo das fontes**. 31 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em 03/05/2019.

complementar, isto é, a falta/lacuna de um seria suprida pelo outro. Ademais, como já tratado, a própria Lei de Improbidade Administrativa, ao admitir tanto regras do processo penal, quanto do processo civil, cria precedentes que permitem a aplicação dessa teoria.

Indo além, o próprio Código Processual Civil, em seu artigo 489, § 2º, autoriza o julgador a interferir se for verificada colisão entre normas, com base em razoável interpretação legal e valendo-se de critérios ponderativos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

De forma alguma se pretende afirmar que o diálogo das fontes seria a única solução para a situação apresentada, mas seguramente provocaria um desenlace harmônico e consonante com a Constituição Federal.

Cumprido ressaltar que durante a elaboração deste trabalho, tramita um Projeto de Lei (de nº 10887/2018³⁸) no Congresso Nacional versando sobre alterações na Lei de Improbidade Administrativa. Diversas alterações ocorrerão na Lei de Improbidade Administrativa caso o Projeto de Lei seja aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, uma delas seria a competência exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação por ato de improbidade, podendo a pessoa jurídica prejudicada pelo ato ímprobo intervir no feito. Confira-se:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta lei será proposta pelo Ministério Público.

§ 11. Sem prejuízo da citação dos réus, intimar-se-á a pessoa jurídica interessada para, querendo, intervir no processo³⁹.

³⁸ Projeto de Lei nº 10887/2018. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em: 04/05/2019.

³⁹ Idem, inteiro teor, p. 11. Acesso em: 04/05/2019.

Inobstante, o legislativo ainda acrescentou ao supramencionado Projeto de Lei a inexistência de honorários sucumbenciais (certamente, baseando-se nas regras processuais penais de ações penais públicas), cumprindo rememorar que a Lei de Improbidade em vigor é omissa quanto a isso. Veja-se:

Art. 23-B. Nas ações e acordos regidos por esta lei, não haverá condenação em honorários sucumbenciais, custas ou despesas processuais⁴⁰.

Dentre as justificativas para a propositura do Projeto de Lei, o próprio legislador reconhece, nas justificativas do Projeto, a aberração legiferante em que a Lei de Improbidade Administrativa se tornou, pois, com o avanço do ordenamento jurídico, a norma não poderia permanecer defasada como atualmente se encontra. Para isso, o legislador, com o fito de adequar o referido diploma, fundamenta:

A disciplina regulatória do afazer administrativo, também objeto de outros diplomas legislativos, está abrangida por este diploma legal em sua dimensão **proibitiva e punitiva**, servindo para a contenção de condutas danosas para o Estado e para a preservação do bom administrar.⁴¹ - (Grifo do autor).

Algum paralelo foi feito com o processo penal, na medida em que se optou por um modelo elástico e aberto, baseado em parâmetros mínimos e máximos a serem aplicados pelo magistrado mediante fundamentação e justificação tal e qual o processo de dosimetria estabelecido nos processos criminais.⁴² - (Grifo do autor).

Ainda quanto às questões processuais, entendeu-se por bem manter a **legitimidade exclusiva do Ministério Público** para a propositura das ações de improbidade administrativa.⁴³ - (Grifo do autor).

É evidente que a intenção do legislador ao propor o referido PL reforçou, em muito, grande parte do que é defendido neste trabalho, restando claro o correto caminho a ser seguido, eis que finalmente, verificou-se a verdadeira atecnia na elaboração da Lei 8.429/92, lotada de controvérsias já demonstradas durante o presente estudo.

⁴⁰ Projeto de Lei nº 10887/2018. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>, inteiro teor, p. 17. Acesso em: 04/05/2019.

⁴¹ Ibidem, p. 18. Acesso em: 04/05/2019.

⁴² Ibidem, p. 20. Acesso em: 04/05/2019.

⁴³ Ibidem, p. 24. Acesso em: 04/05/2019.

Menciona-se, inclusive, que ao propor o Projeto de Lei, o legislador, talvez despercebidamente, valeu-se da teoria do diálogo das fontes, mencionando-se, a título de exemplo, a fixação de legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação por ato de improbidade (certamente em virtude do caráter das sanções a serem aplicadas ao agente), ao tempo em que admitiu a intervenção da pessoa jurídica lesada (objetivando o ressarcimento integral do dano, cuja natureza é, sem dúvidas, cível).

Não sendo aprovado e sancionado o referido Projeto de Lei, caberá ao STF revisitar o tema em questão, a fim de, por meio da hermenêutica e do diálogo das fontes, promover nova interpretação ao diploma, desta vez, mais adequada e em consonância com o atual ordenamento jurídico.

A tarefa do judiciário, de fato, não é simples, pois este tem o poder-dever, noutras palavras, a obrigação, de adequar a lei criada por outro poder autônomo (legislativo) ao sistema jurisdicional, por meio de uma visão técnica, ao mesmo tempo que sensível, de modo aguçado para a realidade de cada caso, contribuindo assim para os progressos de nosso ordenamento.

5 CONCLUSÃO

A elaboração do presente estudo teve como finalidade elucidar a importância de adequar o direito processual nas ações por ato de improbidade administrativa, de modo a aperfeiçoá-lo, já que a Lei de Improbidade Administrativa está ultrapassada e, até mesmo, incompatível com o atual ordenamento jurídico.

No momento em que se verifica decisões judiciais, dissonantes com o moderno direito processual, proferidas apenas com a mera aplicação de dispositivos legais defasados, sem um olhar técnico, se revelam a relevância e importância deste trabalho para o campo jurídico, sendo esta inclusive, a razão pela qual tramita, no Congresso Nacional, um Projeto de Lei visando alterar e adequar, ao menos em parte, a Lei de Improbidade Administrativa.

Importante ressaltar que a maioria das justificativas apresentadas pelos parlamentares no Projeto de Lei fortalecem as afirmações lançadas neste trabalho. Ou seja, o próprio Poder Legislativo reconhece a necessidade de alterar a Lei de Improbidade Administrativa.

É inegável que se trata de um tema complexo, controvertido e atual, daí a importância de trazê-lo à tona para discuti-lo no meio acadêmico com o fito de contribuir para os avanços jurídicos.

Sabe-se que uma das finalidades da Lei de Improbidade Administrativa é proteger o erário, entretanto, a via processual utilizada hodiernamente de forma exclusiva (processo civil) é inadequada, pois, como visto, são impostas ao sujeito ativo (agente público, via de regra) sanções que possuem cunho político-punitivo e atingem direitos da personalidade. São punições tão graves quanto as penais e não são resguardados os mesmos princípios desta seara.

O operador do direito possui o poder-dever de desenvolver um pensamento crítico, não estando obrigado a simplesmente acatar qualquer monstruosidade criada pelo Poder Legislativo, uma vez que a sua função vai além da banal aplicação de dispositivos legais. Valendo-se dos tantos instrumentos disponíveis, deve-se perseguir a tão utópica Justiça em prol da

coletividade de forma adequada e técnica, pois de nada adiantaria alcançá-la desrespeitando o Direito.

Nessa toada, uma solução para este impasse relativo ao direito processual nas ações por ato de improbidade administrativa seria a aplicação da teoria do diálogo das fontes, dado que a própria Lei de Improbidade Administrativa e o direito processual, como comprovado, criam precedentes congruentes com o ordenamento para sua utilização.

Ante o exposto, foram apresentadas, de forma cautelosa, as razões que induzem à necessidade de realizar alterações processuais na Lei de Improbidade Administrativa, de modo a sanar as controvérsias expostas. Ademais, até que as regularizações sejam feitas pelo legislador (por meio do Projeto de Lei, inclusive), a solução acima mencionada poderia ser utilizada pelos julgadores para enfrentarem o atrito contemporâneo, com a finalidade de apaziguar, no momento, os estragos processuais provocados pelas lacunas da referida lei, fazendo com que a proteção da probidade administrativa seja feita da forma mais correta possível.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>.

_____. **Lei Complementar nº 157**, de 29 de Dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm>.

_____. **Lei das responsabilidades dos prefeitos e vereadores**. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>.

_____. **Lei de Improbidade Administrativa**. Lei nº 8.429, 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-lei nº 4.657, 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.

_____. **Lei dos Crimes de Responsabilidade**. Lei nº 1.079, 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>.

_____. **Projeto de Lei nº 10887/2018**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 213.994 MG 1999/0041561-2; julgado em: 17 de Agosto de 1999; Relator Ministro Garcia Vieira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8374892/recurso-especial-resp-213994-mg-1999-0041561-2>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 737.972/PR; julgado em: 26 de Junho de 2007; Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24165158/recurso-especial-resp-1197136-mg-2010-0103588-5-stj/inteiro-teor-24165159?ref=juris-tabs>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 909.446 RN 2006/0269878-5; julgado em: 06 de Abril de 2010; Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9109633/recurso-especial-resp-909446-rn-2006-0269878-5>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 952.351 RJ 2007/0113128-6; julgado em: 04/10/2012; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22547290/recurso-especial-resp-952351-rj-2007-0113128-6-stj>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2138 DF; T1 – Tribunal pleno; julgado em: 13/06/2007; Relator Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>.

_____. Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. APL 0050510-37.2010.8.19.0042 – RJ, julgado em 02/09/2014. Relatora Maria Augusta Vaz. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139423914/apelacao-apl-50510372010819004-2-rj-0050510-3720108190042>>, inteiro teor 4.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa – limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JAYME, Erick. **Direito internacional privado e cultura pós-moderna**. Março de 2003. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43487/27366>>.

MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018.

PRADA, Sergio Malta. **Da teoria do diálogo das fontes**. 31 de janeiro de 2013. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+ fontes](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes)>.

WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar. **Competência para julgar a improbidade administrativa**; Revista de Informação Legislativa n. 138, abril/junho 1998. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4>>.