

ANO VI • N. 4 • JANEIRO | JUNHO 2014

ISSN 2176-8935

Revista Acadêmica

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA ESCOLA DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª. REGIÃO



A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA APLICAÇÃO ÀS CONDUTAS ÍMPROBAS PRATICADAS POR DIRIGENTES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS

Francisco de Assis Basílio de Moraes

Resumo: Neste ensaio, analisa-se a aplicação combinada da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), com as consequências respectivas, aos atos ímprobos praticados por dirigentes de sociedades de economia mista, no âmbito da Administração Pública Federal, tendo em vista as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que rege as sociedades anônimas, marco no mercado de capitais.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Ação civil pública. Sociedade de economia mista. Dirigentes.

Abstract: This paper examines the combined application of the Public-interest Civil Action Law (No. 7.347/1985) and the Law on Misconduct in Public Office (No. 8.429/1992), and the consequences thereof, to acts of misconduct committed by managers of mixed private-public ownership companies¹ within the Federal Public Administration, considering the provisions of Corporate Law (No. 6.404/1976), a landmark in the Brazilian stock market.

Keywords: Misconduct in public office. Public-interest Civil Action Act. Mixed private-public ownership company. Managers.

1 INTRODUÇÃO. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Carta Cidadã de 1988, documento balizador de todo o ordenamento jurídico pátrio, no que tange aos atos administrativos, estabelece que a Administração Pública, direta e indireta, e os atos praticados pelos seus agentes, em prol

desta, obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*), bem como que “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” (art. 37, § 4º, grifos nossos).

Malgrado opiniões minoritárias contrárias, quis o constituinte originário que os atos administrativos ímprobos fossem sancionados por intermédio de lei ordinária específica, a ser editada pelo legislador superveniente, não se confundindo tais sanções com as de caráter penal, como bem informa a parte final do § 4º do artigo em comento.

Tal preceito constitucional (art. 37, § 4º, da Constituição da República), de eficácia contida, com o advento da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, veio adquirir plena eficácia, consoante Cármen Lúcia Antunes Rocha (2000, p. 105):

A Lei nº 8.429, promulgada em 1992, veio exatamente na seqüência do quanto disposto sobre a matéria pela Constituição de 88. Tendo-se por base exatamente o quanto posto como princípio naquele Diploma Maior, essa lei veio dar densidade e eficácia ao princípio da moralidade administrativa, a qual, em seu art. 4º, reitera a obrigação de todos os agentes públicos velarem pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos inerentes aos seus respectivos ofícios, o que já se contém, igualmente expresso, no art. 37 da Carta da República.

Tal entendimento, de fato, está consagrado na cita da lei:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. [...]

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

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

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

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.

Vê-se que a lei de improbidade administrativa, como é conhecida, estabeleceu definição própria para “agente público” e sanciona os agentes que pratiquem atos contrários à lei, em especial os atos que importem a não observância dos princípios basilares administrativo-constitucionais do art. 37 da lei maior. Essa sanção visa a atos comissivos ou omissivos, de natureza dolosa ou culposa. Com efeito, a aplicação da lei se estende, inclusive, aos atos ímprobos praticados por aqueles per-

tencentes, ainda que transitoriamente, aos quadros das entidades da Administração Pública indireta, tais como as sociedades de economia mista (art. 4º, inciso II, alínea “c”, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967), bem como aos atos de improbidade de funcionários dos quadros de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (parte final do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Pois bem. Entre todas as situações de ofensa à Carta Política, ferem-na de morte as de não observância de um princípio constitucional pelo agente público, ofensa mais grave do que o não atendimento de qualquer outro tipo de comando normativo, porque, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (1983, p. 230), o princípio é o

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Nesse sentido, ainda sobre a maculação de um princípio, vaticina Mello (1994, p. 451):

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

É por essa razão que a Lei de Improbidade Administrativa impõe:

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

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

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [NB: aqui, sem caráter taxativo]²

Observe que o art. 9º está diretamente ligado aos atos ou às condutas ímprobos que levam o agente público, incluindo os pertencentes aos quadros efetivos ou temporários das sociedades de economia mista, a um enriquecimento sem qualquer causa, ilicitamente, em prejuízo ou não da entidade a que pertence, porque a improbidade independe de efetivo prejuízo, bastando que o agente aufera qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, sem nexos causal, em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade. Os incisos que compõem o art. 9º da LIA são meramente exemplificativos, podendo outras condutas, não listadas no artigo, subsumirem-se ao comando normativo do *caput*.

Não se afastam dessa concepção os arts. 10 e 11 da LIA. Como se pode facilmente observar, o art. 10 da LIA visa

coibir atos de improbidade que atentem contra a *res* pública, ou seja, atos de improbidade que resultem em afronta aos princípios constitucionais republicanos, os quais devem ser severamente punidos, pois que não é dado a alguém o direito de usar a coisa pública como se fosse sua, em detrimento da coletividade. Destarte, a lei avaliza que tal conduta é agravada com o enriquecimento às expensas do bem coletivo.

O art. 11, por seu turno, exemplifica, em seus incisos, as condutas ímprobas que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. A ordem jurídica não aceita a desonestidade e a deslealdade daqueles que deveriam gerir o patrimônio público, em prol da coletividade, com o mesmo denodo que os seus bens. Ou seja, *recte rem publicam gerere* (a coisa pública deve ser gerida com retidão).

Nesse contexto, considerando que a União seja a entidade federada controladora de uma sociedade de economia mista, qualquer prejuízo que venha atingir esta refletirá no patrimônio da União. Destarte, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas, LSA), aplicada às sociedades de economia mista, por força do seu art. 235, determina, no parágrafo único do art. 116, *in verbis*:

Art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Se o comando legal de respeitar a função social da propriedade, bem como os direitos dos demais acionistas, vale

para o acionista controlador de uma empresa privada, concretizando a Constituição Cidadã de 1988, o que devemos esperar, como cidadãos, de uma sociedade de economia mista, em que a União Federal é a acionista controladora?

Nessa linha de argumentação, a Lei das Sociedades Anônimas (art. 117) estabelece que o “acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”.

Vê-se, portanto, que qualquer acionista minoritário, ou terceiro, poderá buscar ressarcimento em face do acionista controlador, que responderá pelos prejuízos que causar. Dentro dessa concepção, deve a União, como acionista controladora da sociedade de economia mista, atingida em sua esfera patrimonial, buscar ressarcir-se dos administradores e diretores da sociedade empresária estatal, se estes, como administradores da companhia e no exercício de suas funções, não empregaram o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (v. art. 153, LSA), pois “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (art. 154, LSA).

Neste ponto, é de se observar o princípio fundamental da função social da empresa, plasmado no art. 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Quis o constituinte originário que os princípios regentes da economia do país também observassem os valores sociais. E, antes que se diga que são conceitos não conciliáveis, entendemos que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder,

e que a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que regem aquele país. As Constituições escritas não têm valor nem são duráveis, a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social (LASSALE, 1933).

Assim, os atos de improbidade na gestão das sociedades de economia mista são uma violação grave, não só à garantia estampada no art. 170, inciso III, mas também ao direito à propriedade privada, previsto no art. 170, inciso II, e no art. 5º, inciso XXII, bem como aos princípios da legalidade e da moralidade, contidos no *caput* do art. 37, todos da Constituição. Por esta razão, as sanções da Lei nº 8.429/1992 (art. 12), compreensivamente, são pesadas.

Não se deve imaginar que condutas ímprobas subsumidas ao comando normativo do art. 11 da LIA são de difícil avaliação. Ora, um intérprete mais afoito diria que qualquer conduta, vista sob uma ótica mais restritiva, ofenderia qualquer princípio legal ou constitucional, e, portanto, tais condutas deveriam ser analisadas à luz do art. 11, *cum grano salis*.

É de clareza solar a percepção de que o agente público (incluindo os dirigentes das sociedades de economia mista) deve obediência irrestrita ao princípio da legalidade, segundo o qual a atividade administrativa encontra na lei seus fundamentos e seus limites. A lei é o norte de toda função administrativa. O Poder Público somente pode fazer o que a lei lhe ordena, conforme a parêmia *prohibita intelliguntur quod non permissum*. Ao contrário do que ocorre na administração particular, o administrador público não pode fazer tudo o que não está proibido, mas, sim, apenas o que a lei autoriza. O que não está permitido está vedado!

Esse princípio, na lição de Mello (1994, p. 24), “explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção esta que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração”.

A primazia da lei, segundo o escólio de Comparato (1997),

deve ser entendida como a incontrastabilidade do comando legal, em relação a qualquer outra norma do ordenamento jurídico e, em especial, a qualquer outra norma emanada pela própria Administração Pública. A vontade estatal, que por via da lei vem à luz, não pode absolutamente ser superada, alterada ou revogada, e, de outro lado, ela supera qualquer outra expressão da vontade estatal já existente, a qual, com outro conteúdo, a ela se oponha.

O tema, como não poderia deixar de ser, não escapou à argúcia de Meirelles (1990, p. 78):

A legalidade, como princípio de administração (Const. Rep., art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

É oportuno recorrer-se, novamente, aos ensinamentos de Mello (1994, p. 457):

Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração. Donde, todos os agentes do Executivo, desde o que lhe ocupa a cúspide até o mais

modesto dos servidores que detenha algum poder decisorio, hão de ter perante a lei – para cumprirem corretamente seus misteres – a mesma humildade e a mesma obsequiosa reverência para com os desígnios normativos. É que todos exercem função administrativa, a dizer, função subalterna à lei, ancilar – que vem de ancília, serva, escrava.

Também, na mesma linha de raciocínio, é de fácil compreensão que o agente público praticante de atos administrativos desvinculados do princípio da moralidade (que, na conformidade do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo) ofende, hediondamente, a Carta Magna de 1988 e a Lei de Improbidade Administrativa.

Esse princípio assumiu foros de pauta jurídica, compreendendo-se em seu âmbito a lealdade e a boa-fé. Segundo estes cânones, a Administração haverá de proceder, em relação aos administrados, com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar e minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos, ou de forma a originar prejuízo ao patrimônio público.

No que é pertinente ao alcance desse princípio, Meirelles (1990, p. 79-80), citando lição de Maurice Hauriou, ressaltou que “não se trata de moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”. Em complemento, pontificou: “o certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.

Com efeito, por se tratar de moral jurídica (nunca de moral comum), o princípio da moralidade administrativa impõe ao agente político que sua conduta interna respeite as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação, qual seja, o bem comum.

Oportuna a lição de Caetano (1970, p. 684), para quem

o administrador, [...] mais do que o homem comum, deve pautar seus negócios particulares e sua atividade administrativa por rigorosa observância de princípios morais que não permitam quaisquer dúvidas de que o interesse público está protegido. É que no conceito de moralidade administrativa vai ser auferida também a probidade de servidor, de que deve servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em benefício próprio ou de outrem a quem queira favorecer.

Frise-se, ainda, que por legalidade ou ilegalidade se entende não só a conformação do ato à lei, como à moral administrativa e ao interesse coletivo, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal ou ilegítimo o que desatende à lei, como o que viola a moral da instituição, ou se desvia do interesse público.³

2 A AÇÃO ORDINÁRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação de improbidade administrativa, se proposta consoante o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 (LIA), tramitará sob o rito ordinário. Aplicar-se-á o Código de Processo Civil, no que couber, quando a LIA for omissa (art. 17, § 6º, da LIA). Trata-se de ação ordinária, com a possibilidade de

ajuizamento de ação cautelar preparatória ou incidental, à vista de fundados indícios de responsabilidade do agente ímprobo, com a decretação do sequestro (arts. 822 a 825, CPC), ou da indisponibilidade dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente, ou causado dano ao patrimônio público (art. 7º, LIA). Além disso, a LIA expressamente informa que a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único, LIA).

Omissa a LIA, nada impede que o autor da ação ordinária de improbidade administrativa requeira a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, com base, por exemplo, no art. 461 do CPC, obrigando o réu a se abster de praticar algum ato, ou mesmo a praticar algum ato, conforme o caso. Outro exemplo é a entrega de coisa certa, com base no art. 461-A do CPC. A natureza da tutela de urgência dependerá da necessidade e da própria urgência em assegurar a futura pretensão.

O juízo da causa, no caso das sociedades de economia mista federais, é o juízo federal de 1ª instância, desde que a União demonstre interesse em compor a lide na qualidade de autora, assistente ou litisconsorte ativa. Como já mencionado alhures, no caso das sociedades de economia mista, é possível que a União venha a sofrer, na qualidade de ré, ações para ressarcir os demais acionistas ou terceiros prejudicados pelos atos ímprobos dos agentes pertencentes aos quadros permanentes ou provisórios da sociedade empresária estatal. Dessa forma, é de se esperar que o ente federado maior se interesse pelo desfecho da ação ordinária de improbidade administrativa.

Questão duvidosa surge em relação ao local para o processamento da ação ordinária de improbidade administrativa. Qual o foro? Como o CPC é aplicado subsidiariamente, a questão será decidida entre os arts. 94 e 100.

O art. 94 e seus parágrafos, do CPC, determinam que a ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu e, tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles; sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor; quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor; se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro, e por fim, havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

Por seu turno, o art. 100, inciso V, alínea “a”, do CPC, impõe que “é competente o foro do lugar do ato ou do fato para a ação de reparação do dano”. Ora, como dentre os pedidos há aquele que o réu seja condenado no pagamento de multa civil (o que se traduz em uma espécie de reparação do dano causado à entidade pela prática do ato ímprobo), tem-se que, na ação de improbidade administrativa, prevalecerá a competência do foro do lugar do ato.

Se a sociedade de economia mista federal assume a condição de ré, em litisconsórcio passivo, surge nova questão: é competente o foro do local onde está a sede da pessoa jurídica-ré, como informa a alínea “a”, inciso IV, do art. 100, ou o foro ditado pela alínea “a”, do inciso V, do art. 100 do CPC, conforme informado alhures?

Neste ponto, sendo especiais os dois dispositivos, e não havendo possibilidade de resolver o conflito das normas pelos critérios tradicionais, tendo em vista a lacuna, aplica-se a regra do art. 94, § 4º, do CPC: “havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor”.

Os legitimados ativos para a propositura da ação, como expressamente informa o *caput* do art. 17 da LIA, são o Ministério Público ou pessoa interessada; no caso das sociedades de economia mista federais, a propositura da ação ordinária de improbidade terá como autor o Ministério Público Federal (MPF), ou a União, ou a composição destes, em litisconsórcio ativo. No caso da propositura da ação ordinária de improbidade administrativa pela sociedade de economia mista federal, esta só tramitará na Justiça Federal se a União vier a compor a lide, na qualidade de ré, autora, assistente ou oponente, *ex vi* do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

Destaca-se aqui que não é o fato de a ação ordinária ter sido movida pelo MPF que determina a competência da Justiça Federal. Mais à frente, verificar-se-á que o MPF possui legitimidade ativa para propor ação civil pública de interesse federal, com base na Lei nº 8.492/1992.⁴

A Lei Complementar nº 75/1993, Lei Orgânica das Carreiras que compõem o Ministério Público da União, também dispõe que é função institucional do MPU a defesa do patrimônio público e social (art. 5º, inciso III, alínea “b”). E, em consonância com o que estabelece a Súmula nº 208 do STJ, compete à Justiça Federal o julgamento de ações que envolvam interesse federal, em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.⁵ Caso o MPF não intervenha no

processo como parte, seu membro atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º, LIA). Decerto, “o dia a dia vem revelando a atuação corajosa e aguerrida dos membros do Ministério Público, bem como a predominância do seu papel diante dos processos coletivos em tramitação no Brasil” (MENDES, 2012, p. 249).

Quanto aos legitimados passivos, no caso das sociedades de economia mista federais, a LIA informa que são parte ré, na ação ordinária de improbidade, os agentes públicos que praticarem ato de improbidade administrativa na forma da LIA, e que exercem, 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 sociedades empresárias estatais da União (arts. 1º e 2º). Ou seja, qualquer funcionário ou dirigente da sociedade de economia mista responde por ato de improbidade, ainda que não tenha qualquer vínculo empregatício com a entidade (por exemplo, recebendo *pro labore*).

As disposições da LIA são aplicáveis, ainda, no que couber, àqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem, sob qualquer forma, direta ou indireta (art. 3º). É o caso, por exemplo, de empresas privadas e de seus sócios, administradores e controladores que participem da prática de atos de improbidade.

Também os sucessores daqueles que causarem lesão ao patrimônio público ou se enriquecerem ilícitamente estão sujeitos às cominações da lei de improbidade (art. 12), até o limite do valor da herança ou do quinhão sucessório (art. 8º).

Essa sucessão processual não passou despercebida por Garcia e Alves (2008, p. 641-642):

No art. 8º, prevê a Lei de Improbidade a responsabilidade do sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente, sujeitando-se à reparação do dano causado ou à perda do acréscimo patrimonial ilegal, isto é até o limite do valor da herança. O legislador, aqui, nada mais faz do que adaptar a regra geral contida no art. 1.796 do CC no sentido de que a herança responde pelo pagamento de dívidas do falecido, e mais especificamente, no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, possibilitando, do prisma processual, o que se convencionou chamar de sucessão processual, devendo adotar-se, relativamente aos processos já em curso por ocasião do falecimento do agente, o procedimento previsto nos arts. 1.055 e 1.062 do CPC.

A sucessão também pode estar ligada a uma reorganização societária, no caso de pessoas jurídicas, já que estas podem ser réis em ação de improbidade administrativa. Portanto, no caso de transformação, fusão, incorporação ou cisão, total ou parcial, de acordo com a legislação societária (Código Civil ou Lei das S/A), nada obsta que o autor direcione a ação para o sucessor societário.

A ação ordinária de improbidade administrativa, conforme o art. 14 da LIA, poderá ter, como fundamento fático-jurídico, documentos e testemunhos obtidos em sindicância e/ou processo administrativo disciplinar, regularmente instalados para investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade do agente sob tal acusação.

Todavia, observe que, consoante o § 6º do art. 17 da LIA, a ação ordinária de improbidade administrativa deverá ser 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, com a observância da legislação vigente, inclusive as disposições dos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil, que versam sobre a responsabilidade das partes por dano processual. O que este dispositivo, introduzido pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, pretendeu foi inibir a propositura de ações sem qualquer fundamento fático-jurídico, evitando lides temerárias. Por essa razão, as peças iniciais das ações ordinárias, e se verá adiante, das ações civis públicas de improbidade administrativa, não podem vir desacompanhadas de um suporte fático-probatório, em termos de documentos e testemunhos, sob pena de inépcia da inicial.

A lei informa que qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, mas deve atentar para o seguinte fato: constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente, com pena de detenção, de seis a dez meses, e multa. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado (art. 19, parágrafo único, da LIA). No caso das sociedades de economia mista federais, a representação será efetivada para o dirigente máximo da entidade, ou, se este estiver envolvido, ao Ministro ou Secretário de Estado, ao qual está vinculada a sociedade empresária estatal. A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria, e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

Para apurar qualquer ilícito previsto na Lei de Improbidade Administrativa, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo (art. 22, LIA). Entre os instrumentos pré-processuais de que o MP dispõe, é importante frisar que o inquérito civil (IC) (art. 129, inciso III, da Carta da República, que se presta para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos) é aconselhável no caso de improbidade, haja vista que o *Parquet* poderá, em sede de IC, requisitar as informações pertinentes para servir de base para a propositura da ação de improbidade, necessárias e obrigatórias para tal mister, conforme determina o art. 17, § 6º, da LIA, com fulcro no art. 396 do CPC.

Questão tormentosa foi a do cabimento da vista dos autos do inquérito civil ao acusado e seus representantes legais, na fase investigatória (pré-processual). A Súmula Vinculante nº 14, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 2 de fevereiro de 2009, pôs fim à discussão, tanto no âmbito do inquérito policial, ou assemelhado, quanto no âmbito do inquérito civil:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos da prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, no caso das sociedades de economia mista federais, ocorrerá de acordo

com seu decreto de instituição, seu estatuto social e, se houver, seu regulamento. Caso a legislação seja omissa, aplica-se, no que couber, a Lei nº 8.112, de 9 de dezembro de 1990 (Regime Jurídico dos Servidores Federais).

A comissão processante, no caso das sociedades de economia mista federais, deverá dar conhecimento ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União (art. 70 da Constituição) da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade. A LIA informa que o Ministério Público ou o Tribunal de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo (art. 15, parágrafo único). Em nosso pensar, não se trata de uma faculdade da lei, mas de um comando imperativo.

Ainda nesta fase pré-processual, a lei informa que, havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão processante representará ao Ministério Público ou à procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilícitamente, ou causado dano ao patrimônio público. Como informado, o pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, e, quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da legislação sobre o assunto e dos tratados internacionais.

A propositura da ação ordinária de improbidade administrativa prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa

de pedir ou o mesmo objeto (art. 17, § 5º, da LIA com combinação do art. 103, CPC). Por exemplo, no caso da sociedade de economia mista federal, se o MPF tiver proposto a ação ordinária de improbidade administrativa em face do dirigente máximo da estatal no juízo federal em Brasília, e a União posteriormente propuser idêntica ação na cidade do Rio de Janeiro, o juízo federal carioca deverá declinar para o juízo federal brasiliense, remetendo-lhe os autos.

Quantos aos pedidos, é cabível sua cumulação nesta ação ordinária de improbidade administrativa? Segue-se o disposto no art. 12 da LIA, que, ordinariamente, estabelece pretensões sancionatórias condenatórias (perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil), ou constitutivas negativas (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). Ainda que não especificado, são pedidos cumulados. Na omissão da LIA, e tendo em vista a aplicação subsidiária do CPC, nada obsta a aplicação do art. 292 e parágrafos, sendo permitida a cumulação, num único processo e contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. Todavia, os pedidos devem ser compatíveis entre si, o juízo da ação ordinária de improbidade deve ser competente para conhecê-los, e sendo o rito da ação o ordinário, este será o procedimento utilizado para o deferimento, ou não, de todos os pedidos. Por exemplo, é plenamente cabível a acumulação dos pedidos do art. 12 da LIA com a indenização, por danos exclusivamente morais, à pessoa jurídica (Súmula STJ nº 227).

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP) E A APLICAÇÃO DE SEU RITO EM COMBINAÇÃO COM A LEI Nº 8.429/1992

A primeira questão que desborda na aplicação da Lei nº 7.347/1985 nas ações da Lei nº 8.429/1992 é se a ação civil pública pode veicular o conteúdo da ação ordinária de improbidade administrativa.

A controvérsia cinge-se em três pontos:

(i) O rito da ACP não se coaduna com o rito ordinário da ação de improbidade administrativa;

(ii) As ACPs não podem veicular pedidos sancionatórios, conforme disposto no art. 12 da LIA;

(iii) As ACPs, tão somente, versam sobre interesses difusos, não sendo cabível a sua utilização na defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis.

Há alguns equívocos nessas colocações. O primeiro deles é o de que a Lei nº 7.347/1985 em nenhum momento informa que o rito das ações civis públicas é especial. E mesmo se assim fosse, não há qualquer problema neste sentido: como o CPC é aplicado subsidiariamente, quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário (art. 292, § 2º, CPC), que é justamente o rito da LIA (art. 17, *caput*).

O segundo equívoco é o de que o art. 3º da Lei nº 7.347/1985 informa que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Ora, a ACP poderá, e não deverá, ter como pedido a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer. Portanto, não obsta que se veiculem os pedidos do art. 12 da LIA, que explicitam pedidos condenatórios e constitutivos negativos.

Por último equívoco, tem-se a afirmação de que as ações civis públicas versam sobre interesses difusos, e a aplicação destas em ações sobre improbidade administrativa é descabida, uma vez que os atos de improbidade se correlacionam aos interesses individuais homogêneos disponíveis de entes ou entidades que foram afetadas pelos atos ímprobos de seus agentes.

Como é sabido, as ações civis públicas regem-se pelas disposições da Lei nº 7.347/1985, sem prejuízo da ação popular, e são utilizadas com o objetivo de apurar as responsabilidades, por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e à economia popular, com o intuito de condenar em ressarcimento pecuniário ou obrigações de fazer ou não fazer os responsáveis. Apesar de não veicular expressamente a apuração de responsabilidades em relação aos danos morais e aos danos materiais ocasionados pela prática de atos de improbidade administrativa, haja vista o malbarato do patrimônio público, não se pode perder de vista o disposto no art. 129, inciso III, da Constituição, de que a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, é feita por meio da ação civil pública.

Dessa forma, ainda que o legislador ordinário ou o próprio Poder Executivo, por meio das malfadadas medidas provisórias, tente eliminar a aplicação da ação civil pública na proteção do patrimônio público, tal proceder resultaria inócuo,

tendo em vista o disposto na Constituição da República de 1988. Como as ações de improbidade administrativa têm por base a salvaguarda do interesse e do patrimônio público, com a aplicação das condenações impostas pelo art. 12 da LIA, não há que se falar sobre a impossibilidade de veiculação de tais pedidos em ACP, com o objetivo de apurar as responsabilidades, por danos morais e patrimoniais causados por atos de improbidade administrativa, com o intuito de condenar os responsáveis em ressarcimento pecuniário ou em obrigações de fazer ou não fazer.

Na linha desse entendimento, argutas as observações de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008, p. 602):

Se considerarmos que a Lei nº 8.429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesse difuso, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais co-legitimados, torna-se clara. Claríssima, *de lege lata*, em razão da regra contida no art. 129, III, e § 1º, da Constituição Federal, o que, a nosso juízo, torna até desimportante a discussão sob o enfoque puramente pragmático.

No sentido do disposto, pronunciou-se o STJ: “[...] o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação civil pública objetivando o ressarcimento de prejuízos causados ao erário, por ato de improbidade administrativa” (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.038.103/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 16 abr. 2009, DJe 4 mai. 2009). Por fim, a propositura da ACP será, por força do art. 2º da LACP, no local de ocorrência do dano.

4 A APLICAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ÀS CONDUTAS ÍMPROBAS PRATICADAS PELOS DIRIGENTES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS

4.1 *As sociedades de economia mista federais*

As sociedades de economia mista federais são entidades que compõem a Administração Pública Federal, conforme disposto no art. 4º, inciso II, alínea “c”, do Decreto-lei nº 200, de 25 de março de 1967. Este diploma legal designa sociedade de economia mista como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” (art. 5º, inciso III).

Por conta disso, determina o art. 235 da Lei nº 6.404/1976:

Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

§ 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.

As sociedades de economia mista e o acionista controlador, por intermédio de seus dirigentes e funcionários, devem, portanto, obedecer aos princípios e às regras da Lei das Sociedades Anônimas: a pessoa jurídica que controla a

companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação (art. 238), sendo certo que “os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas” (art. 239, parágrafo único, LSA), além de, por óbvio, obedecer aos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição. Portanto, atos de improbidade administrativa (já que estas sociedades compõem a Administração) constantes dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA devem ser apurados pela autoridade administrativa competente ou pelo Ministério Público.

4.2 Conduitas e atos ímprobos praticados pelos dirigentes das sociedades de economia mista federais e as possíveis punições no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa

Entre os funcionários das sociedades de economia mista federal, aqueles com maior probabilidade de praticarem atos de improbidade administrativa são os seus dirigentes. Isso não quer dizer que os demais funcionários pertencentes aos quadros efetivo ou temporário do ente federal em questão não possam praticar atos de improbidade. A razão é simples: os dirigentes têm maior acesso aos recursos da entidade, sejam materiais ou pessoais, e é justamente o uso indevido destes recursos que projeta as condutas ímprobos dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

Também certo é que o Tribunal de Contas da União (TCU) deve ser cientificado pela autoridade administrativa ou pela comissão processante, consoante o art. 15 da LIA, quando existirem indícios de prática de atos de improbidade

administrativa, por parte de funcionários do quadro efetivo ou temporário da sociedade de economia mista federal, para a aplicação de multas aos responsáveis que malversam o uso de verbas e de bens públicos. Será que os dirigentes de tais entidades, que praticaram atos ímprobos, realizarão tal comunicação à Corte de Contas? Receamos que não.

É por essa razão que o TCU deve, por intermédio de seus agentes, por força interpretativa do art. 71, inciso II, da Constituição, tendo em vista o art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU), realizar inspeções regulares nas entidades sob análise, e sancionar os seus dirigentes, em caso de contrariedade aos princípios constitucionais e legais da Administração Pública. Verifique que “qualquer pessoa [física ou jurídica, acrescentamos] poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade” (art. 14 da LIA). Então, o próprio analista de controle externo, servidor do TCU, ao identificar transgressões à LIA, em seu relatório, comunicará ao superior hierárquico, para que o TCU designe representante para acompanhar o procedimento administrativo, aberto para tal fim, devendo ainda o TCU apresentar representação ao Ministério Público Federal e ao Ministro de Estado ao qual está subordinado o dirigente ímprobo, encaminhando cópia do relatório de fiscalização, definindo autorias e individualizando condutas que contrariem os arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

Como já mencionado, o controle acionário das sociedades de economia mista federais pertence à União Federal. Portanto, sendo aquela sociedade anônima de capital aberto, como determina a Lei das Sociedades Anônimas, em últi-

ma análise, a União Federal responderá por qualquer prejuízo causado a terceiros (arts. 116 e 117 da LSA). Por essa razão, os administradores da mencionada sociedade empresária estatal, representantes da controladora (União Federal), “devem empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” (art. 153 da LSA).

Ainda sobre a responsabilidade dos administradores, é certo que “o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo” (art. 155, inciso I, da LSA).

Não agir nesse sentido fere de morte os comandos normativos da LSA, e, sob esta ótica fiscalizatória e sancionadora, é correta a atuação da Corte de Contas.

O Ministério Público Federal também poderá designar representante para acompanhar o procedimento administrativo mencionado. Caso a autoridade administrativa da sociedade de economia mista federal não dê o devido andamento ao procedimento administrativo, deverá o MPF proceder, de ofício, à instauração de inquérito civil público, nos termos do art. 22 da LIA combinado com o § 1º do art. 8º da LACP, conforme informado.

Se aferidas as autorias e as condutas ímprobas individualizadas no bojo do inquérito civil público, então será cabível a ação civil pública de improbidade administrativa, sendo legítimo o MPF, no âmbito da Justiça Federal. Podem compor o polo ativo a União Federal e a sociedade de economia mista

federal vilipendiada. Os pedidos seguirão o disposto no art. 12 da LIA, sendo cabível, como já exposto, sua cumulação, entre eles, o concernente ao dano moral difuso.

5 CONCLUSÕES

Como vimos, é cabível tanto a propositura da ação ordinária de improbidade administrativa quanto a da ação civil pública de improbidade administrativa (art. 1º da LACP).

O Ministério Público Federal é parte legítima para propor ação civil pública de improbidade administrativa, consoante o art. 5º, inciso I, da LACP e art. 17, § 4º, da LIA, e será proposta no foro do local onde ocorrer o dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa, conforme o art. 2º da LACP.

No caso dos dirigentes de sociedade de economia mista federal, em caso de autorias identificadas, individualmente, de atos ímprobos tipificados nos arts. 9º e/ou 10 e/ou 11 da LIA, em procedimento administrativo (PA) (art. 15 da LIA), poderão o TCU e o MPF designar representantes para acompanhar o PA junto à comissão processante. Caso haja dúvidas sobre a rejeição da representação para abertura do PA, tendo em vista influências políticas externas ou internas, poderá o TCU realizar inspeções, com elaboração de relatórios (art. 15, parágrafo único, da LIA com combinação do art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443/1992), ou mesmo o MPF poderá realizar inquérito civil público, nos dois casos, para a aferição da materialidade dos fatos que conduziram aos atos de improbidade, bem como para a identificação dos autores. O Ministro de Estado a que está subordinado suposto dirigente ímprobo, neste caso, deverá ser comunicado.

O MPF poderá, então, propor a ação civil pública de improbidade administrativa em face dos dirigentes de sociedade de economia mista federal, com a participação, no polo ativo, da União Federal e da própria sociedade de economia mista federal, haja vista ter a primeira a maioria das ações com direito a voto. Portanto, sendo uma sociedade anônima de capital aberto, como determina a Lei das Sociedades Anônimas, em última análise, a União Federal responderá por qualquer prejuízo causado a terceiros (arts. 116 e 117 da LSA).

Referências bibliográficas

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. II.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Trad. Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (RTCMG)*, Belo Horizonte, v. 37, n. 4, out.-dez. 2000. [Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2000/04/-sumario?next=7>.]

1 V. Vivian Castro, Jan G. Janssens, *Mixed Private-Public Ownership Companies* “*Empresa Mixta*”, Public-Private Partnership in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations (PPPIRC), The World Bank, June 2011: “*Empresa mixta* literally translates into ‘mixed company’ and is the popular term for joint ventures between the public and private sectors. [...] Experience has shown that the *empresa mixta* model can be a publicly more acceptable form of PPP since it allows the public sector to retain a certain level of control. An *empresa mixta* operates like a share corporation in terms of governance and autonomy. In an *empresa mixta*, the public partner (e.g. a municipality) will create a new company and can retain the majority share while a private operator with the capacity to optimize the processes and improve customer service, or multiple private investors joined with the operator, hold the minority share – and vice versa”. Examples of *sociedades de economia mista* in Brazil include Petrobras, Banco do Brasil and Eletrobras Centrais Elétricas Brasileiras S/A.

2 E a mesma Lei nº 8.429/1992 determina: “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 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. 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”.

3 Esclarecendo, didaticamente, os aspectos que irradiam do conceito de moralidade administrativa, traz-se à baila um breve trecho da arguta decisão do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27.141/DF (decisão de 22 fev. 2008, DJe nº 34, 26 fev. 2008): “Ninguém está acima da Constituição e das leis da República. Todos, sem exceção, são responsáveis perante a coletividade, notadamente quando se tratar da efetivação de gastos que envolvam e afetem a despesa pública. Esta é uma incontornável

exigência de caráter ético-jurídico imposta pelo postulado da moralidade administrativa. Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania. [...] A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo. Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade – que domina e abrange todas as instâncias de poder – proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: *“A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais.”* (RTJ 182/525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)” [grifos nossos].

4 V. STJ, REsp nº 291.747/SP, DJ 18 mar. 2002, p. 176, e REsp nº 199.478/MG, DJ 8 mai. 2000, p. 61, ambos da Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. A respeito, o STJ também se pronunciou no julgamento do REsp. nº 159.021/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 3 ago. 1998, p. 106: “Ação civil pública. Proteção ao patrimônio público. Ministério Público. Legitimidade. O campo de atuação do Ministério Público foi ampliado pela CF/1988, conferindo-lhe legitimidade para propor ação civil pública, visando [...] proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. [...]”.

5 V. STJ, REsp nº 440.002/SE, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 18 nov. 2004, DJ 6 dez. 2004, p. 195. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS. 1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição [...]. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal. 3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos. 4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas [...] (e) [n]as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar. 6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa [...] tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais [...]”.