

Ricardo Almeida: O MP e as ações civis públicas por improbidade

22/11/2021

Com a entrada em vigor da Lei 14.230/2021, as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, ajuizadas pelo ente público sob patrocínio de sua advocacia pública, passaram a se submeter ao seguinte dispositivo:

"Artigo 3º — No prazo de 1 (um) ano a partir da data de publicação desta Lei, o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso.

§ 1º. No prazo previsto no caput deste artigo suspende-se o processo, observado o disposto no art. 314 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º. Não adotada a providência descrita no caput deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito".



Na atuação diária na tutela coletiva, alastraram-se os

despachos judiciais que, na verdade, são verdadeiras suscitação de dúvida quando pedem às partes, ao ente público e ao Ministério Público Federal que se manifestem sobre a aplicabilidade do Direito material e a ratificação da posição processual do ente público, esteja ele como autor ou assistente (em geral litisconsorcial, o que o torna autor também).

Como advogado público, manifesto-me pela presunção da constitucionalidade da lei, curvando-me ao entendimento sobre o Direito material que vier a ser sustentado pelo Parquet, em conclusão. Mas, ante a independência técnica do advogado, não deixo de contribuir para o debate.

Entendo que o artigo 3º, ao prescrever que *"no prazo de 1 (um) ano a partir da data de publicação desta Lei, o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso"*, está voltado para o passado e criou uma condição de prosseguibilidade, e não uma legitimidade exclusiva.

Com efeito, José Afonso da Silva ensina que, até o regime constitucional anterior à Constituição de 1988, descentralizaram-se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em juízo. As funções de Ministério Público tornaram-se marginais, e ainda mais quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça federal. Não foi sem razão que os membros da instituição chamaram-se procuradores da República (Silva, José Afonso. "Comentários contextuais à Constituição". 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 617). Anteriormente, sob a vigência da Lei 7347/1985 e da Lei 8429/1992, em âmbito federal, o papel de advogado público era concentrado no Parquet federal até a criação efetiva da Advocacia-Geral da União, que se deu a partir da LC nº 73/1993.

Apesar da cisão dos órgãos e do direito de ação ser de titularidade do ente lesado (artigo 5º, XXXV, da CF), a lei, segundo dizem, aparentemente retirou da Fazenda Pública a capacidade de postular essas providências para combater a improbidade em seu nome, o que se dava por intermédio sua advocacia pública, o advogado do ente público. Quem anormalmente voltou a fazer esse papel pontualmente em matéria de improbidade foi o MPF.

O artigo 3º, que fala em "ratificar", foi introduzido na lei a pretexto do discurso do aumento de poder do Ministério Público, atribuindo-lhe legitimidade exclusiva, sem pesarem algumas questões interessantes ainda não enfrentadas. Se o pedido de ajuizamento vier do gestor, o MP atuará como advogado público, como procurador, ou terá independência funcional, como Parquet? Se a Administração Pública concluir num processo disciplinar pelo cometimento de improbidade e demitir o servidor, poderá o MP concluir que não houve improbidade e tomar providências contra o Estado? Por outro lado, haveria a dicotomia entre uma improbidade administrativa para fins administrativos e uma improbidade administrativa para fins judiciais? Apesar de as instâncias cível, disciplinar e penal serem independentes, o ilícito é único, não é à toa que todo crime implica improbidade e toda sentença penal absolutória que nega autoria ou o fato faz coisa julgada nas demais instâncias, afora a prova emprestada, que é uma questão processual. Seria um *nonsense* para a teoria geral do Direito.

Ratificar é confirmar, é deixar como está. Se o MPF ratifica uma ação proposta pela autarquia ou pela União, ele concorda com a sua autoria, sua legitimidade e sua causa de pedir e pedido (mérito). O verbo empregado pela lei, para se entender que houve retirada de legitimidade, deveria ter sido outro, até mesmo porque a AGU não é parte, ela é advogada de uma parte, como o nome da instituição já diz. Persiste, ainda, a possibilidade de assistência litisconsorcial, que torna a Fazenda Pública titular dos mesmos direitos e obrigações processuais do MP, tornando-se autora superveniente.

Da leitura da nova lei, que não alterou o artigo 5º da LACP, tampouco — e nem podia — alterou o artigo 5º, XXXV, da CF, não existe a vedação da Fazenda Pública propor ação civil pública de improbidade, mas da necessidade de ratificação do MP das ações propostas pelo ente público lesado. Seria uma espécie de *custos legis* temporária, uma estranha condição de prosseguibilidade que não atingiria novas ações, pois sua origem da legitimidade, como já dito, é constitucional, não podendo nenhuma lei retirar do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão. Ao falar de órgãos, aliás, vale lembrar que a advocacia pública não tem legitimidade, ela atua como representante de uma parte, como o nome Advocacia Geral da



União já dá a entender. O MPF tem capacidade de estar em juízo. Quando é demandando, quem o defende, em nome da União, que é parte no processo, também é a AGU. Outra atecnia ao se relacionar "ratificar" com "exclusão de legitimidade".

O Parquet é indispensável e, no dia a dia, sua atuação generosa, muitas vezes, corrige rumos da gestão que a vinculatividade do parecer jurídico não é capaz. Mas entender que "ratificar" é excluir a legitimidade da Fazenda Pública, além ultrapassar a capacidade expressiva da linguagem, cria um problema para duas instituições: para o Poder Executivo, que pede ao seu possível novo advogado em improbidade uma providência, que tem plena autonomia para negá-la, e para o Parquet, que tem seu trabalho redobrado, ratificando processo em que atua como *custos legis*, por força da LACP, não havendo necessidade prática de ratificar nada que já não seja de seu conhecimento. Mas se a lei manda, até ser declarada inconstitucional ela deve ser cumprida.

Nesse vai e vem, o que não se pode dar causa é à prescrição intercorrente. Improbidade não pode ser coisa do passado, mas pode render frutuosos estudos à academia, como já vem acontecendo.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-nov-22/ricardo-almeida-mp-aco-es-civis-publicas-improbidade/>