

**Ação civil pública - Improbidade
administrativa - Ato ímprobo - Terceiro
beneficiado - Litisconsorte passivo necessário -
Citação - Ausência - Sentença - Nulidade**

Ementa: Processo civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Terceiros beneficiados pela prática do ato ímprobo. Litisconsórcio passivo necessário. Recurso provido. Sentença desconstituída.

- Na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, há litisconsórcio passivo necessário entre os agentes públicos que praticaram o ato tido por ímprobo,

bem como terceiros, ainda que particulares, que se beneficiaram do ato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0322.07.001389-9/001 - Comarca de Itaguara - Apelante: Rui Alberto Lara - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Litisconsorte: Município de Itaguara - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em, DE OFÍCIO, SUSCITAR E ACOLHER PRELIMINAR DE NULIDADE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS.

Belo Horizonte, 24 de março de 2014. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de apelação interposta por Rui Alberto Lara em face da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito Gabriela Andrade de Alencar Ramos, da Vara Única da Comarca de Itaguara, que julgou parcialmente procedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Em suas razões recursais, aduz que não praticou qualquer ato que configure improbidade administrativa, uma vez que, à época de sua gestão como prefeito do Município de Itaguara/MG, a contratação dos serviços de eletrificação da zona rural que beneficiaram propriedade localizada além dos limites da municipalidade, no ano de 1997, foi precedida de licitação.

Ademais, alega que não guarda qualquer relação de intimidade com os proprietários do aludido imóvel, não sendo possível, portanto, apurar qualquer ofensa aos princípios da moralidade ou da impessoalidade no que diz respeito à situação.

Por fim, sustenta que, com relação ao exercício do ano de 1997, todas as contas do Executivo foram aprovadas tanto pelo Tribunal de Contas do Estado como pela Câmara Municipal de Itaguara, o que reforça a idoneidade de seu proceder como alcaide.

Com esses argumentos, requer o provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença, sejam os pedidos iniciais julgados improcedentes.

Recurso recebido à f. 365.

Contrarrazões às f. 366/371.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 378/386, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

I - Da nulidade da sentença e do processo. Ausência de citação de litisconsortes necessários.

Suscito, de ofício, preliminar de nulidade de sentença, tendo em vista a inobservância do litisconsórcio passivo necessário *in casu*.

O órgão do *Parquet* ajuizou a presente ação de improbidade em face de Rui Alberto Lara, ex-prefeito do Município de Itaguara/MG, imputando-lhe a prática de ato de improbidade administrativa consubstanciado na contratação de serviços de eletrificação que teriam alcançado imóveis rurais que se localizam no Município de Piracema/MG, o que, à época, importou em desfalque ao erário no importe de R\$ 2.130,00 (dois mil cento e trinta reais).

Pela análise dos documentos carreados aos autos, notadamente do relatório final do Inquérito Civil nº 006/2000 (f. 106/109), é possível verificar os proprietários que foram beneficiados com as obras de eletrificação, quais sejam Enerson Alexandre do Nascimento e Elisimar Geraldo do Nascimento, os quais, inclusive, prestaram depoimento na Promotoria da Comarca de Itaguara.

Diante desses elementos, vislumbro a existência de litisconsórcio passivo necessário diante da indisponibilidade do direito, porquanto não se pode conferir ao órgão do Ministério Público discricionariedade para promover a ação de improbidade em face apenas de um ou alguns dos envolvidos no ato ímprobo, mormente quando a lei (arts. 3º e 6º da Lei nº 8.429/92: “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. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.”; e art. 25, § 2º da Lei nº 8.666/93: “Art. 25. [...] § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.”) dispõe que todos aqueles que concorreram para sua prática ou dele se beneficiaram se submetem às sanções decorrentes.

O princípio da obrigatoriedade da ação, em razão da indisponibilidade do direito, leva à existência, na esfera civil, de litisconsórcio necessário, e não unitário.

A doutrina de Paulo Henrique dos Santos Lucon é precisa:

Como se percebe, a observância do litisconsórcio na ação de improbidade administrativa em que se pretende a desconstituição de ato administrativo decorre não somente do § 3º do art. 6º da Lei 4.717, de 29.6.1965, c/c o art. 17, § 3º, da Lei 8.429, de 2.6.1992, mas também e principalmente do art. 47 do Código de Processo Civil.

Seguindo essa linha de raciocínio, deverão figurar na demanda todos aqueles, beneficiários ou não, que participaram do ato jurídico atacado, por serem litisconsortes necessários.

Há um aspecto ético e outro jurídico que impõem a presença na demanda do beneficiário do ato tido como lesivo: ele é favorecido direto do ato, e, como tal, necessita de uma decisão uniforme para que não incorra em flagrante enriquecimento sem causa (arts. 4º da LICC e 126 do CPC) ou, na pior das hipóteses, em enriquecimento ilícito (art. 159 do CC). Sua ausência na composição da relação processual acarretará não apenas a incoerente e inadmissível validade e invalidade do ato jurídico (desconstituição do ato para apenas alguns dos que participam do ato), mas também a condenação de apenas alguns dos protagonistas (em geral, do administrador), e não do efetivo beneficiário, a repor quantia ao erário público em razão do dano provocado.

Expressivo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reflete essa realidade: 'Omissão do chamamento dos litisconsortes necessários, no caso, os beneficiários aos quais a decisão da causa poderia acarretar obrigação ou afetar direito subjetivo [...] se não citados os favorecidos diretos e a ação atingir seu fim, que é a devolução, aos cofres municipais, do valor aferido em determinado período, pelos servidores contratados, o réu principal, o Prefeito, suportará, injustamente, todos os seus ônus, enquanto em relação aos que se beneficiaram ilícitamente (com a percepção de vencimentos) haverá enriquecimento sem causa'.

Muito embora a mencionada decisão tenha sido proferida em ação popular, o entendimento é plenamente aplicável à ação de improbidade administrativa em que se pretenda a desconstituição de ato jurídico.

Portanto, em vista do art. 47 do Código de Processo Civil e agora também em virtude do princípio geral de Direito que veda o enriquecimento sem causa (arts. 4º da LICC e 126 do CPC), tem-se que a demanda sem a presença dos beneficiários do ato jurídico encontra-se maculada de nulidade absoluta. O destino natural será anulação do processo desde a citação, para que se proceda à citação de todos os litisconsortes necessários para o regular desenvolvimento do processo. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 365/366.)

Percebe-se, portanto, que é indispensável a participação, no polo passivo, de todos os responsáveis pela prática do ato ímprobo, bem como dos beneficiários, ainda que particulares, tendo em vista a indisponibilidade do direito, sob pena de nulidade processual.

No mesmo sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça, *in verbis*:

EMENTA: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei nº 8.429/92. Procedimento de licitação. Atos impugnados. Litisconsórcio passivo necessário. Agente público e particulares beneficiários. - Na ação civil, em que se impugnam atos reputados de improbidade administrativa praticados em processo de licitação, devem figurar como litisconsortes passivos o agente público e os particulares que supostamente concorreram para sua prática ou que deles se beneficiaram. A Lei nº 8.429/92 não faculta ao autor da ação de improbidade eleger, ao seu exclusivo critério, os agentes públicos e os particulares que devam figurar no polo passivo, mas indica a inclusão de todos aqueles que deram seu concurso para a alegada lesão ao ente público ou para a consecução de ato em detrimento da probidade administrativa. Primeiro

recurso provido e segundo recurso prejudicado. (TJMG, AC nº 1.0433.06.186377-8/002, 4º CACIV, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 17.02.2011.)

Na ocasião, o Relator, Desembargador Almeida Melo, assim analisou a questão, *in verbis*:

A despeito da existência de divergências sobre a imposição do litisconsórcio passivo necessário em ação civil pública, quando baseada na Lei nº 7.347/85, há se considerar que, no caso, o pedido está fundamentado na Lei nº 8.429/92, que estabelece a aplicação de suas normas aos agentes públicos e aos particulares que concorram para a prática de atos reputados de improbidade ou que deles se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indiretamente.

A Lei nº 8.429/92 não faculta ao autor da ação de improbidade eleger, ao seu exclusivo critério, os agentes públicos e os particulares que devem figurar no seu polo passivo, mas impõe sejam nele incluídos todos aqueles que deram seu concurso para a lesão patrimonial à entidade pública ou para a consecução de ato em detrimento da probidade administrativa.

Marcelo Figueiredo, in *Probidade administrativa* - comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 27, adverte que 'o art. 1º da lei pretende traçar seu raio de abrangência para colher em suas malhas toda e qualquer pessoa que com a Administração se relacione, tomada essa expressão em seu sentido mais amplo possível'.

Embora a Lei nº 8.429/92 não contenha, expressamente, menção ao litisconsórcio passivo necessário, essa hipótese é extraída, sem qualquer dificuldade de interpretação, dos termos dos seus arts. 1º e 3º, estendendo-se, inclusive, se for o caso, aos sucessores daqueles que causarem lesão ao patrimônio público ou se enriquecerem ilícitamente (art. 8º). Nesse sentido a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 661):

'A necessidade do litisconsórcio, aqui, decorre da indisponibilidade dos interesses em jogo, não se podendo tolerar o não chamamento judicial de quem tenha causado lesão ao patrimônio público. Mais especificadamente, a necessidade decorrerá da própria Lei 8.429/92 (litisconsórcio necessário por força de lei), cujos arts. 3º e 6º, da mesma forma que se dá no âmbito da ação popular (art. 6º), conferem uma significativa amplitude conceitual aos sujeitos ativos do ato de improbidade, visando a possibilitar a cabal reparação do dano'.

A imposição do litisconsórcio passivo necessário em ações da espécie constitui medida de salvaguarda dos princípios, bens e interesses públicos tutelados na Lei nº 8.429/92, como o são na Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular e cujo procedimento prevê a citação obrigatória de todas as pessoas que participaram ou concorreram para a lesão (arts. 6º e 7º, I). Constitui, também, garantia de eficácia da prestação jurisdicional e da unicidade de tratamento processual a todos os envolvidos na prática do ato impugnado, para os quais a solução da lide deve ser uniforme, embora seus resultados e suas repercussões possam ser diferentes, de acordo com a situação individual dos demandados.

Rodolfo de Camargo Mancuso, in *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159/160 e 193, ao abordar o tema, enfatiza que 'à leitura do art. 6º da Lei 4.717/65 já se percebe que a *mens legislatoris* é a de estabelecer um espectro o mais abrangente possível, de modo a empolgar no polo passivo não só o causador ou produtor direto do ato

sindicado, mas também todos aqueles que, de algum modo, para ele contribuíram por ação ou omissão, e bem assim os que dele se tenham beneficiado diretamente. Compreende-se essa intenção do legislador, se atentarmos para o fato de que, pelo menos em seu capítulo desconstitutivo, a decisão que acolha a ação terá um caráter unitário, nesse sentido de ser qualitativamente homogênea para todos. Por outras palavras, a insubsistência do ato atacado passa a ser uma inovação no *statu quo ante* que se coloca em face de todos os corréus. Daí a necessidade, sentida pelo legislador, de que venham aos autos todos os legítimos contraditores, até para que se cumpra o art. 47 do CPC...'. Cita, ainda, a doutrina de Ruy Armando Gessinger, que ressalta: 'Admitir pudesse o cidadão-autor discriminar entre os sujeitos passivos da medida, para pedir sua invalidez em relação a alguns deles e omitir qualquer solicitação a respeito de outros, seria descharacterizar a ação popular como meio de preservação dos patrimônios públicos. A iniciativa discriminatória transformá-la-ia num instrumento das preferências, ou prevenções do indivíduo, que, sob a aparência de defender o interesse público, o que em verdade estaria fazendo, ao utilizá-la, era agir em função de sentimentos personalistas seus'.

[...]

No mesmo sentido:

'Administrativo. Improbidade administrativa. Empresas beneficiadas. Litisconsórcio passivo necessário. Ausência de indicação na inicial. Sentença anulada.

I - Legitimados passivos da ação civil por ato de improbidade são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba. Nesse sentido, devem ser submetidos a julgamento não só os agentes públicos que tenham violado o patrimônio público, mas também aqueles que tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade ou dele tenham auferido qualquer benefício (art. 3º da Lei nº 8.429/92).

II - As pessoas jurídicas (empresas) beneficiadas pela prática dos atos de improbidade administrativa devem ser, necessariamente, incluídas no pólo passivo da demanda.

III - A necessidade do litisconsórcio, aqui, decorre da indisponibilidade dos interesses em jogo e da própria Lei 8.429/92 (litisconsórcio necessário por força de lei), cujos arts. 3º e 6º conferem uma significativa amplitude conceitual aos sujeitos ativos do ato de improbidade, visando a possibilitar a cabal reparação do dano.

IV - Essas empresas, dentre os legitimados passivamente, devem ser as principais destinatárias das penalidades de cunho exclusivamente pecuniárias (reparação do dano e multa civil) e da proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou créditos, caso julgado procedente o pedido inicial.

V - Sentença anulada. Apelações prejudicadas'. (TFR/1º Região. AC 7088 PA 1999.39.00.007088-4, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, DJ de 02.06.2006.)

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda vacila sobre a matéria, havendo conflito quanto à existência ou não de litisconsórcio passivo necessário em casos tais.

Com efeito, no julgamento do Recurso Especial nº 401.437/SP, a 2ª Turma, tendo como Relator o Ministro João Otávio de Noronha, reconheceu a existência do litisconsórcio necessário, aos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Por fim, a Lei n. 8.429/92 é extensiva aos particulares que se valerem do ato ímprobo, porquanto não haveria como ocorrer tal ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários de seus atos. Com efeito, reza o art. 3º da Lei n. 8.429/92, *in verbis*:

'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.'

Como se vê, buscou o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido para a prática da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. A pluralidade de agentes e/ou terceiros que tenham de alguma forma concorrido ou se beneficiado da improbidade leva à ocorrência de litisconsórcio necessário no polo passivo do processo de improbidade, na forma do art. 47 do Código de Processo Civil.

Noutra ocasião, todavia, a mesma 2ª Turma afastou o litisconsórcio necessário, aos seguintes argumentos:

Na visão dos recorrentes, dois seriam os litisconsortes necessários: primeiro, a entidade beneficiada (ou prejudicada) pelas verbas de subvenção social e, segundo, as empresas que supostamente teriam fornecido notas fiscais irregulares ou adulteradas.

A ação de improbidade, tal como destacado pelo Tribunal de origem, foi proposta diretamente contra os recorrentes sem que a decisão alcance a esfera jurídica das entidades mencionadas.

Justamente por não afetar a esfera jurídica das entidades mencionadas, não se trata de litisconsórcio necessário pela 'natureza da relação jurídica', tampouco existe expressa determinação legal nesse sentido.

Isso se deve ao fato de que a ação civil pública por ato de improbidade foi proposta com a finalidade de apurar a conduta dos recorridos, na qualidade de agentes públicos. Terceiros que porventura concorreram para a prática de ato de improbidade, ou dele se beneficiaram, podem até se submeter às sanções decorrentes da lei (art. 3º da Lei 8.429/92), todavia, a apuração e individualização de suas condutas, bem como a investigação do elemento subjetivo, dependerá de novo processo a ser instaurado a partir dos elementos probatórios disponíveis.

Muito embora sejam condutas conexas, a sentença não será obrigatoriamente idêntica para as duas situações, conduta do agente público e conduta do extraneus, implica dizer, não há relação jurídica unitária. (REsp nº 737.978/MG, Rel. Min. Castro Meira.)

Nada obstante, diante do que foi exposto alhures, deve prevalecer a orientação do acórdão citado anteriormente, no sentido da existência do litisconsórcio passivo necessário, tendo em vista não apenas a indisponibilidade do direito envolvido, como também a expressa disposição legal, não se podendo conferir ao órgão do *Parquet* discricionariedade para incluir alguns e excluir outros dos agentes, participantes e beneficiários do ato tido por ímprobo.

Dúvidas não restam, destarte, acerca da existência de litisconsórcio passivo necessário *in casu*, daí por que os beneficiários do ato atacado devem compor o polo passivo da ação.

Nesse contexto, deve ser desconstituída a sentença, bem como os atos anteriores a ela, volvendo o processo ao seu início, determinando-se ao *Parquet* a emenda da inicial, com a indicação dos beneficiários Enerson Alexandre do Nascimento e Elisimar Geraldo do Nascimento para figurarem como réus na ação de improbidade, sendo-lhes oportunizada, inclusive, a apresentação da defesa prévia a que alude o art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92.

2. Conclusão.

Ante o exposto, de ofício, suscito e acolho preliminar de nulidade, em razão da ausência de citação de litisconsortes passivos necessários, e desconstituo a sentença e os atos anteriores a ela, determinando o retorno dos autos à comarca de origem, devendo o Ministério Público proceder à emenda da inicial, com a indicação dos beneficiários Enerson Alexandre do Nascimento e Elisimar Geraldo do Nascimento para figurarem no polo passivo da demanda, sendo-lhes oportunizada a apresentação da defesa prévia a que alude o art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, promovendo sua citação nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.

Custas, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALYRIO RAMOS e ROGÉRIO COUTINHO.

Súmula - DE OFÍCIO, SUSCITARAM E ACOLHERAM PRELIMINAR DE NULIDADE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS.

...